وزارة المعارف العمومية

كتاب
أصول القانون التجاري

الجزء الأول
النظرية العامة والعقود التجارية

تأليف
الدكتور على الزينى

المجلد الأول
النظرية العامة وعقد البيع

القاهرة
طبع بالمطبعة الأميرية ببولاق
١٩٣٥

وزارة المعارف العمومية

كتاب
أصول القانون التجارى

الجزء الأوّل
النظرية العامة والعقود التجارية

تأليف
الدكتور على الزينى

المجلد الأوّل
النظرية العامة وعقد البيع

القاهرة
طبع بالمطبعة الأميرية ببولاق
١٩٣٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الكتاب الاول

النظرية العامة للقانون التجارى

الباب الأول

التجارة والقانون التجارى والأعمال التجارية

الفصل الأول

التجارة والقانون التجارى

أولا — فى التجارة

١ — **معنى التجارة** — لم يورد المشرع للتجارة تعريفا مباشرا فى القانون التجارى . ولكنه جاء فى المواد ٢ — ٢/٣ — ٨ منه بتعداد للأعمال التى يعتبرها تجارية والتى اذا اتخذها شخص حرفة معتادة له أصبح فى حكمه تاجرا . وفى ثنايا هذا التعداد نبحث عن المعنى الذى يلوح أن المشرع قصده من التجارة .

صدر المشرع تعداده للأعمال التجارية بطائفة منها تشمل اجمالا مجهودات الانسان فى تحويل المواد الأولية الى مصنوعات لتلائم حالة المستهلك ،

تلك المجهودات التى يختص بها فى الغالب أصحاب المصانع أو المعامل أو الورش ويتبين ذلك من قوله : "كل شراء غلال أو مأكولات أو بضائع لأجل بيعها... بعد تهيئتها بهيئة أخرى أو لأجل تأجيرها للاستعمال". ويظهر كذلك فى قوله : "كل عمل متعلق بالمصنوعات" وفى قوله : "كل عمل متعلق بإنشاء سفينة" .

وذكر بعد ذلك طائفة من الأعمال تشمل مجهودات الوسطاء فى التقريب بين المنتج والمستهلك . والمنتج هنا قد يكون هو المنتج الأول الذى يستخرج المواد الأولية من مواردها الطبيعية ، وقد يكون هو الصانع أو صاحب المصنع الذى يحولها الى مصنوعات .

وهذه المجهودات تنحصر فى وضع الوسيط للبضاعة تحت تصرف المستهلك ، إما مباشرة أو بعد وضعها تحت تصرف المصنع أولا ثم وضعها مصنوعة بعد ذلك تحت تصرف المستهلك ، وفى وضع ثمنها أو قيمتها تحت تصرف المنتج . ويلاحظ ذلك فى قول المشرع : "كل عمل متعلق بالعمولة أو النقل برا وبحرا" وفى قوله : "كل تعهد بتوريد أشياء" وكل ما يتعلق بالمكاتب التجارية وغيرها من محلات المزايدة أو الملاعب العمومية ، وكل عمل متعلق بالصرافة أو (أعمال البنوك)[1] أو السمسرة والكمبيالات والسندات..." .

وزيادة على الطائفتين المتقدمتين ذكر المشرع بعض أعمال أخرى لا تخرج عند تحليلها عن كونها من نوع إحداهما أو متممة أو مكملة لها كالعقود الحاصلة

---

(١) النص العربى للمادة ٢/٢ ت أم ذكر عبارة "الكمبيالات" خطأ بدلا من عبارة "أعمال البنوك" التى أوردناها فى الشرح . أما النص الفرنسى فقد ذكر عبارة **Opération de Banque** لا **Lettre de change** والعبارة الأولى وهى الصحيحة لا تترجم بلفظ الكمبيالات بل بلفظ أعمال البنوك . ولذلك صرفنا النظر عن الترجمة العربية .

بين التجار والمتسببين بمناسبة تجارتهم وبيع أو شراء مهمات أو أدوات أو ذخائر السفن وتأجيرها أو استئجارها بالنولون والتأمين البحرى من الأخطار والقروض البحرية وعقد استخدام الملاحين الى آخر ما ذكر بالمواد المشار اليها آنفا .

٢ — هذا كل ماذكره المشرع ، ولكن نشاط الانسان الاقتصادى أو نشاطه المنصرف الى المادة ليس مقصورا على مجهوداته الصناعية فى تحويل المواد وأعمال الوساطة ، اذ هناك مجهودات من نوع آخر يتجه بها الانسان نحو الطبيعة مباشرة ليستغل مواردها ، كفلح الأرض بالزراعة، وصيد البر والبحر والهواء ، واستخراج المعادن والأحجار من بطن الأرض وغير ذلك من أنواع الانتاج الطبيعى . وهذه المجهودات لم يتعرض لها المشرع فى القانون التجارى الأهلى إلا بقوله فى المادة ٣ منه : " إن بيع أصحاب الأراضى أو المزارعين للمحصولات الناتجة من أرضهم أو المزروعة بمعرفتهم لا يعتبر عملا تجاريا " . ولم يتعرض لها المشرع المختلط ، ولكن المحاكم المختلطة (١) جرت فى أحكامها على المعنى الذى قرره المشرع الأهلى بالنسبة لها . وسنرى فيما بعد أن ما يقال فى الانتاج الزراعى ينسحب على غيره من أنواع الانتاج الطبيعى الأخرى .

واذا كان عمل المنتج الطبيعى أو المنتج الأول الذى يغذى المصنع والوسيط لا يعتبر فى حكم القانون عملا تجاريا فعمل المستهلك الذى يغذيه أحدهما أو كلاهما بما يحتاج اليه من أشياء لا يعتبر كذلك من باب أولى ، لأن المنتج الأول الذى يتخلى للصنع أو للوسيط عن الزائد من انتاجه على حاجته فى مقابل

(١) س م ١٩٠٣/١١/١٨ مج ث م ١٦ ص ١٧ و ١٩٠٥/١/٢٨ مج ث م ١٧ ص ٧٨

ثمن أو بدل، يعمل عملا يشبه من بعض الوجوه عمل كل منهما أو على الأقل يشترك معه فى النتيجة وهى الكسب أو الاثراء، فى حين أن المستهلك لا يعمل عمل أحد منهما ولا يشترك معه فى النتيجة، انما هو ينتفع بما يصل اليه من الأشياء أو البضائع عن طريق المصنع أو الوسيط، وليس فى انتفاعه بها غير اعدامها أو استهلاكها بمجرد الاستعمال الأول أو بتكرار الاستعمال، وليس فى ذلك اثراء أو كسب مباشر له .

٣ — وما دام القانون قد استبعد مجهودات المنتج الأول من دائرة الأعمال التجارية وما دمنا قد استبعدنا منها عمل المستهلك فلنا أن نقرر باطمئنان أن التجارة، كما يفهمها القانون، لا تسع جميع نواحى نشاط الانسان الاقتصادى أى لا تستغرق كل مجهوداته الاقتصادية، وانما تنحصر فى مجهوداته الواقعة على الأشياء من وقت انتاجها الأول الى وقت استهلاكها .

و بازاء ما تقدم لا نرى حاجة الى وضع تعريف اصطلاحى للتجارة اكتفاء(١) باظهار معناها فى الجملة المتقدمة . انما نلاحظ قبل ترك هذه النقطة أن توزيع النشاط الاقتصادى بين المنتج الأول والمصنع والوسيط لا يقتضى حتما استقلال بعض الناس ببعض أنواع النشاط الاقتصادى دون البعض الآخر أو تخصصهم فيه، وإن كان هذا هو الغالب عملا اذ تجد الزارع أو صاحب

---

(١) المعنى الذى أظهرناه هنا نشعر به فى كل تعريف وضعه الكتاب للتجارة (انظر تالير وبرسيرو بند ٦ ص ٧٠ ص ٤٠ — ٦، دانيال ماسيه بند ٤٦ ص ١٢ وليون كان ورينو بند ٢ ص ٢). وقد يكون من مصلحة المبتدئ فى دراسة القانون التجارى أن يرتكن فى دراسته على تعريف محدود بألفاظ محدودة لمعنى التجارة، ولكننا نظرنا الى أن التحديد القاطع بالألفاظ والجمل قد يضر بالطالب أكثر مما يفيده، وأن من مصلحته أن يكتفى فى معرفة التجارة بتصور أبرز معانيها خصوصا وأن الأعمال التجارية كما سنرى فيما يلى من الشرح لم يتفق على ضابط يميزها عن غيرها من الأعمال وأن من الصعب إيجاد هذا الضابط .

الأرض مثلا يخصص كل أوقاته ومجهوداته وأبحاثه لفلح الأرض وانتاج الزرع ، كما تجد صاحب المصنع أو رب العمل يخصص كل وقته لتحسين مصنعه ، سواء من حيث الآلات والعدد أو غير ذلك مما يتعلق بانشاء المصنع ونظام العمل فيه ، أو من حيث نوع البضاعة المصنوعة وجعلها أكثر مطابقة لحاجة السوق ورغبات المستهلك ، وتجد الوسيط يتفنن فى طرق عرض البضاعة وتسهيل تداولها بأقل نفقة وأكثر ربح . ولكن ذلك لا يمنع أن يقوم الشخص الواحد بكل أنواع المجهودات الاقتصادية فيجمع فى شخصه صفة المنتج والصانع والوسيط فى آن واحد ، كشركة أنشئت لتكرير السكر ورأت من مصلحتها أن تقتنى الأرض اللازمة لتزرع فيها بنفسها القصب الذى تحتاج اليه معاملها بدلا من شرائه من زارع مستقل عنها ، ثم تقوم هى بعصره وتكريره ، وتتولى بيعه للمستهلك فى مكاتبها أو محالها بواسطة عمالها . وقس على ذلك .

٤ — معنى التجارة عند القانونيين والاقتصاديين — يرى الاقتصاديون أن كل مجهود يقوم به الانسان فى انماء الثروة يقال له صناعة Industrie . فاذا كان المجهود منصبا على استخراج الثروة من مواردها الطبيعية سموه صناعة استخراجية Industrie extractive كالزراعة والصيد وقطع الأحجار واستخراج المعادن ، واذا انصب على تحويل المواد الأولية الى هيئة أخرى سموه صناعة فقط أو صناعة المعامل Industrie manufacturière وهو ما يقصد عادة من لفظ الصناعة اذا أطلق ، واذا انصب على تسهيل تداول البضائع بين المنتج الأول والمصنع والمستهلك سموه تجارة أو صناعة التجارة أو فن التجارة Industrie commerciale . ويتبين من ذلك أن التجارة فى عرف الاقتصاديين أضيق مجالا منها فى عرف القانونيين ، لأنها فى نظر هؤلاء الأخيرين تشمل فرعين من فروع الصناعة عند الاقتصاديين وهما : فرعا

الصناعة بالمعنى الصحيح أو صناعة المعامل وصناعة الوساطة [1] أو التجارة . أما الصناعة الاستخراجية فهى بعيدة فى نظر كل منهما عن التجارة .

٥ — اشتراك القوانين المختلفة فى تنظيم التجارة وحمايتها — التجارة موضوع مشترك بين معظم القوانين السارية سواء داخل الدولة أو بين الدول ، وذلك لأن لها نواحى مختلفة قلما تخلو ناحية منها من الحاجة الى تشريع يلائمها وينظمها . فاذا نظرنا اليها على اعتبار أنها حرفة يجب أن تكون حرة أى مباحة لكل من يريد أن يتخذ منها سبيله فى الحياة ، عرفنا لماذا اهتم بها القانون الدستورى ، وهو القانون المقرر للحريات العامة ، فأفرد لها نصا من نصوصه قرر فيه حرية التجارة وكفلها . وليست صلتها بالقوانين الادارية بأقل ظهورا من صلتها بالدستور لأن حرية التجارة لا يمكن أن تكون مطلقة ، شأنها فى ذلك شأن جميع الحريات الفردية الأخرى ، فلا بد اذن من قيود ادارية يفرضها المشرع أو تفرضها الحكومة مراعاة للصلحة العامة أو لمصلحة التجار أنفسهم ، ولذلك كثيرا ما تجد من القوانين الادارية ما هو خاص أولا وقبل كل شيء بالتجارة مثل قانون الغرف التجارية Chambres de commerce وقانون السجلات التجارية Régistres de commerce . ومنها ما يتعلق بالادارة من ناحية وبالتجارة من ناحية أخرى ، كالقوانين واللوائح الخاصة بتقييد الاحتكار أو منعه وتلك التى تتعلق بالمحلات الخطرة أو المضرة بالصحة أو المقلقة

---

(١) ومع ذلك فالناظر الى ما كتبه تالير وبرسيرو (فى الموضع المشار اليه فى الهامش السابق) يرى أنه يعتبر الأعمال التجارية كلها من أعمال الوساطة والتداول Circulation . وقد يخيل للقارئ أنهما لا يفرقان بين التجارة بالمعنى القانونى وبينها بالمعنى الاقتصادى . وهو ما نحذر منه ، لأنهما انما وصلا الى هذه النتيجة لأنهما يعتبران أصحاب المصانع من الوسطاء أيضا . ووجاهة هذا الاعتبار تظهر اذا عرفنا أن صاحب المصنع لا يصنع بضاعته إلا ليداولها بين المنتج الأول والمستهلك ، ولا فرق بينه وبين التاجر العادى إلا فى أنه يقوم بعد استلام البضاعة من المنتج بتحويلها الى بضاعة أخرى تأتى بثمن أكبر ليجنى ربحا أكبر فهو وسيط من نوع خاص .

للراحة ، وما يجب أن يراعى فى انشائها من مسافات وشروط فنية أو صحية وساعات العمل والبطالة فيها ، وغير ذلك من القوانين واللوائح التى نظرا الى صلتها بالتجارة من جهة و بالادارة العامة أو المصلحة العامة من جهة أخرى يميل المجددون من الكتاب الى تسميتها باسم " القانون التجارى الادارى أو العام "Droit commercial administratif ou public" .

وللتجارة صلة وثيقة بمالية الدولة وحالتها الاقتصادية ، ولذلك نجد من القوانين المالية ما هو خاص بالتجارة كالقوانين واللوائح الخاصة بالجمارك والرسوم والضرائب التى تفرض على التجارة الخارجية والداخلية ، والتى يميل بعضهم الى تسميتها باسم " القانون التجارى المالى "Droit commercial fiscal" ،

وللتجارة ناحية جنائية يهتم بها القانون الجنائى ، إذ توجد به أحكام كثيرة لحماية الجمهور والتجار أنفسهم من أنواع الجرائم التجارية ، كالعقوبات التى يفرضها على التطفيف (استيفاء الكيل وخسران الميزان) ، وغش الأغذية والأطعمة التى تعرض للبيع على الجمهور ، والاحتيال لرفع الأثمان أو تخفيضها ، والتزوير فى الدفاتر التجارية وتقليد شهادات الاختراع وعلامات التجارة ، والتفالس بالتدليس أو بالتقصير وغير ذلك مما يسمونه باسم " القانون التجارى الجنائى " Droit commercial pénal .

زد على ما تقدّم أن القانون الدولى بقسميه العام والخاص لا يهملها . فحق التجارة Droit de commerce من الحقوق الأساسية الثابتة للدول فيما بينها بحكم عضويتها فى العائلة الدولية أو المجتمع الدولى ، وكثير من المعاهدات الدولية خاص بتنظيم التجارة بين الدول أو رعاياها فى وقت السلم ، كما أن كثيرا من قواعد الحروب والحياد يبين تأثير الحرب على تجارة المحاربين والمحايدين ، ويطلق بعضهم اسم " القانون الدولى الخاص التجارى "

Droit international privé commercial على قواعد القانون الدولى الخاص التى تبين حدود اختصاص المحاكم التجارية فى كل دولة ، والقانون التجارى الذى تحكم به تلك المحاكم فى المنازعات التجارية التى تشتمل على عنصر أجنبى .

٦ — واذا كانت التجارة تتصل بكل القوانين المتقدمة فليس معنى ذلك أنه يجب علينا أن ندرس هنا كل تلك القوانين إلا إذا كنا سنفهم القانون التجارى على أنه أى قانون يمس التجارة من قرب أو من بعد ، وهو غير ما يفهم منه عادة (١) كما سنرى حالا عند تعريفه فى البند التالى . ومع ذلك فالباحث فى القانون التجارى قد يضطر من حين لآخر الى الاشارة الى بعض هذه القوانين أو اقتباس شيء من أحكامها .

ثانيا — فى القانون التجارى

٧ — نبحث هنا فى النقط الآتية وهى :

(١) المقصود بالقانون التجارى .

(٢) صلته بالقانون المدنى والتشريع الصناعى وتشريع العمال .

---

(١) والواقع أن المسائل التجارية التى تتعلق بالقانون الادارى أو المالى أو الجنائى وغيرها من القوانين المذكورة فى الشرح لاتدرس عادة فى كتاب عن القانون التجارى وانما يدرس كل منها فى فرع القانون الذى يناسبه ، وان كانت قد ظهرت بوادر الميل فى بعض المعاهد العلمية الى بحث كل طائفة منها على اعتبار أنها تكون فرعا مستقلا من فروع القانون يستمد اسمه من صفتها وطبيعتها . ويرى بعض الكتاب أن يطلق اسم القانون التجارى العام على القوانين العامة المتعلقة بالتجارة تمييزا لها عن القانون التجارى الخاص Droit commercial privé الذى يتعلق مباشرة ببيان أحكام المعاملات التجارية الخاصة أى الواقعة بين الأفراد من التجار وغيرهم والذى هو موضوع بحثنا فى هذا الكتاب (قارن شيرون بند ٢ ص ٣ — ٤ ، تالير و برسيرو بند ٣ ، ليون كان ورينو بند ٢ هامش ١ ص ٢ ، ماسيه ص ٥ — ٦)

(٣) تاريخه .

(٤) مصادره الحالية .

(٥) مدى سريانه وتطبيقه .

١ — المقصود بالقانون التجارى

٨ — القانون التجارى هو أحد فروع القانون الخاص، و يطلق اذا ذكر على مجموعة القانون التى تبين أحكام المعاملات التجارية سواء أوقعت بين تجار أو غير تجار والمنازعات الواقعة بين التجار بمناسبة تجارتهم ، كما يطلق على الأحكام المذكورة نفسها وهو إما برى Terrestre أو بحرى Maritime فالأول تسرى أحكامه على التجارة البرية ، والثانى خاص بالتجارة البحرية . وقد جرت العادة على أنه اذا أطلق لفظ القانون التجارى انصرف الى الأول دون الثانى أى الى البرى لا البحرى . و بحثنا هنا مقصور على شرح أحكام القانون التجارى البرى ، أما القانون البحرى فهو من مقرر السنة الثالثة ونأمل أن يكون لدينا متسع من الوقت لشرحه فى كتاب مستقل .

و يلاحظ أن مجموعة القانون التجارى لاتشتمل على كل أحكام المعاملات التجارية ، وأنه تكملها أو تلحق بها عدة قوانين صدرت أو تصدر بعدها من آن لآخر ابيان ما تدعو اليه حاجة التجارة المتجددة من الأحكام . وهذه القوانين الملحقة أو المكملة أو المعدلة للقانون التجارى تعتبر جزءا لا يتجزأ منه ولو صدرت مفردة أى على شكل قانون مستقل .

٢ — القانون التجارى والقانون المدنى

٩ — نما القانون التجارى بجانب القانون المدنى بحكم العادات التى اصطلح عليها التجار فى معاملاتهم فى القرون الوسطى وكانت معاملاتهم كمعاملات غيرهم خاضعة فى الأصل لأحكام القانون المدنى . ولما استقرت العادات التجارية وأصبحت محدودة مبينة جمعت على شكل مواد قانونية وأطلق عليها اسم القانون التجارى . فالقانون التجارى إذن فرع من القانون المدنى أو استثناء منه ، بمعنى أن هذا الأخير يعتبر قانونا عاما تسرى أحكامه على جميع الأشخاص سواء أكانوا تجارا أم غير تجار وعلى جميع المعاملات سواء أكانت مدنية أم تجارية ، الا اذا وجد فى القانون التجارى أو فى العادات التجارية حكم خاص بمسألة معينة فيسرى عليها . يؤيد ذلك أن القانون المدنى كثيرا ما يضع القاعدة ثم ينبه الى استثناء المسائل التجارية من حكمها ، كما فعل فى المادة (٢٨٠/٢١٥ م ا م) الخاصة باثبات الديون إذ قرر أن حكمها لا ينطبق على اثبات الديون التجارية . وكثير من المعاملات التجارية لم يتعرض له القانون التجارى بل ورد حكمه فى القانون المدنى وحده ، ومن ذلك أحكام البيع التجارى والقرض والفائدة وتجميدها والوديعة وكذلك طرق اثبات العقود التجارية (٢٩٩/٢٣٤ م ا م) .

وعلى ذلك اذا خلا القانون التجارى من النص على حكم مسألة تجارية معينة ولم يتكون بشأنها عرف أو لم تجر عادة يؤخذ بها فيرجع فى معرفة حكمها الى القانون المدنى باعتباره القانون العام المبين لأحكام جميع أنواع المعاملات بين عموم الأشخاص . واذا لم يوجد لها فى القانون المدنى حكم فيحكم فيها بمقتضى القانون الطبيعى وقواعد العدالة والانصاف طبقا للاصول المتبعة

فى تطبيق القانون على العموم [1] . وقد قرر القانون التجارى نفسه ضمنا فى مواطن عدة قاعدة الرجوع الى القانون المدنى فيما لم يرد له به ذكر من أحكام المعاملات التجارية ، إذ أحال بعض أحكام الشركات (١٩ / ٢٥ ت ا م) والرهن (٨٢/٧٦ ت ا م) والعمولة (٨٧/٨٣ ت ا م) على القانون المدنى.

١٠ — وحدة أحكام المعاملات التجارية والمدنية واختلافها — مما تقدم فى البند السابق نرى أن المعاملات على العموم تجارية كانت أو مدنية تخضع فى الواقع لأحكام واحدة سواء فى القانون التجارى أو فى القانون المدنى ، ولا يختلف حكم المسألة الواحدة فى القانونين الا فى أحوال قليلة لأسباب سنعرفها بعد قليل .

وترجع هذه الوحدة فى أحكام المعاملات التجارية والمدنية الى عاملين : أولهما نقص القانون التجارى أو خلوه من النص على أحكام بعض المعاملات التجارية سهوا أو اكتفاء بورود أحكامها أو أحكام مثيلاتها فى القانون المدنى، وعدم وجود عرف أو عادة تجارية بشأنها مما يؤدى الى الأخذ فيها بأحكام القانون المدنى . مثال ذلك : البيع التجارى والقرض والوديعة وسعر الفائدة وتجميدها وحكم هلاك الشىء المرهون فى يد المرتهن حيازة . وكلها لم يتعرض لها القانون التجارى بشىء ولذلك تطبق عليها أحكام القانون

---

(١) ورد فى كتاب الأستاذين ملش وفال (ص ١٦ بند ٣٠) أنه اذا لم يجد القاضى نصا فى القانون التجارى فليس له أن يحكم ضميره كما يفعل حينما يجد نقصا فى القانون المدنى . ولكن نقص القانون التجارى وتكملته بالعادات التجارية ونصوص القانون المدنى المتعلقة بالموضوع شىء وعدم وجود نص لا فى المدنى ولا فى التجارى ولا حكم فى العادات التجارية شىء آخر، ولذلك وجب التنبيه لعدم الوقوع فى الخطأ . وفضلا عن ذلك فان هذين الأستاذين نفسهما سلما فى موضع آخر بأن المحاكم ترجع فى المسائل التجارية الى قواعد العدالة والقانون الطبيعى وذلك عند كلامهما على بيع المحل التجارى وحماية حقوق الملكية الفنية والصناعية (بند ٨٤٠ ص ٤٥٥) .

المدنى ، وثانيهما تشابه نصوص القانونين التجارى والمدنى فى الأحوال التى يتعرضان لها و يعطيانها حكما واحدا ، أو التى لا يكون فيها حكم القانون التجارى إلا تطبيقا خاصا للقاعدة العامة المقررة فى القانون المدنى . مثال ذلك : معظم قواعد الرهن الواردة فى القانون التجارى فانها ليست الا تكرارا لما ورد عنها فى القانون المدنى ، كقاعدة عدم اغلاق الرهن Pacte commissoire أى عدم جواز الاتفاق على أن يمتلك الدائن المرتهن الشىء المرهون تحت يده فى مقابل دينه عند عجز المدين الراهن عن الوفاء بالدين المضمون بالرهن عند حلول الأجل (٨٤/٧١ ت أ م ، ٦٦٥/٥٤٣ م أ م) ، وقاعدة جواز وضع المرهون فى حيازة " عدل " أى شخص آخر غير الدائن المرتهن ليحفظه تحت يده على ذمة الوفاء بالدين (٨٣/٧٧ ت أ م ، ٦٦٢/٥٤٠ م أم) . وكثير من أحكام العمولة والنقل ليست إلا تطبيقا خاصا للقواعد المدنية العامة ، فمسئولية أمير العمولة شخصيا إزاء الآمر وإزاء من تعامل معه لحساب الآمر(٨٦/٨٢ت أم) ليست إلا تطبيقا للقاعدة المدنية التى تجعل الوكيل مسئولا شخصيا قبل من تعاقد معه اذا لم يذكر وقت التعاقد اسم موكله (٢٥٣ / ٤٦٢ م أ م) . وعدم مسئولية أمين النقل أو أميره عن هلاك البضاعة المنقولة بسبب حادث جبرى أو قوة قاهرة (٩٢ — ٩٧ / ٩٧ — ١٠٢ ت أ م) تطبيق للقاعدة العامة المدنية المقررة فى المادة (١٧٧/١١٩ م أ م) التى تعفى المتعهد من المسئولية عن عدم الوفاء بالتعهد اذا لم يكن عدم الوفاء ناشئا عن خطئه أو تقصيره .

١١ — أما اختلاف أحكام المعاملات المدنية والتجارية فيرجع إما الى وجود نص أو عرف تجارى يخالف حكمه حكم القانون المدنى فى المسألة الواحدة ، وإما الى كون القانون المدنى نفسه يستثنى المسائل التجارية من حكم القاعدة التى يقررها أو يميزها بحكم خاص . فالقانون التجارى ينص صراحة على صحة البيوع الصورية التى تعقد بالبورصة وتنتهى بمجرد دفع فروق

دون تسليم بضاعة أو استلام ثمن متى توفرت شروطها المنصوص عليها فيه (٧٩/٧٣ ت ا م) ، فى حين أن هذه البيوع لا يسلم بها القانون المدنى لأنها لا تعدو أن تكون من قبيل الميسر . واجراءات تحقيق الرهن التجارى أسرع من اجراءات تحقيق الرهن المدنى (قارن المادة ٨٤/٧٨ ت ا م بالمادة ٦٥٥/٥٤٣ م ا م) . ويقضى القانون المدنى بأن سعر الفائدة فى الديون المدنية ٥ ٪ وهو نفسه يقضى بجعلها ٧ ٪ فى الديون التجارية (١٨٢/١٢٤ م ا م) . وأن تجميد الفوائد لا يجوز فى الديون المدنية عن مدة أقل من سنة ولكنه يستثنى الحسابات التجارية الجارية فيجيز فيها تجميد الفوائد ولو كانت مستحقة عن مدة أقل من سنة طبقا لما يقضى به عرف التجارة (١٨٧/١٢٧ م ا م) .

على أننا لو نظرنا الى معظم أوجه الخلاف بين النصوص المدنية والتجارية لوجدنا أن الخلاف فى كثير من الأحوال ليس الا نتيجة تحوير طفيف يقصد به التسهيل والسرعة لا تغيير أساسى فيها . انظر مثلا الى اجراءات تحقيق الرهن التجارى واجراءات تحقيق الرهن المدنى تجدهما يبتدئان من قاعدة واحدة وهى أن بيع المرهون لا بد أن يكون بطريق المزاد العلنى وبعد تدخل المحكمة ، ولكنه فى القانون التجارى يحصل بأمر على عريضة فى مدة وجيزة فى حين أنه فى القانون المدنى يسير بطريق الدعوى العادية . وانظر أيضا الى حوالة الديون التجارية والمدنية . فالثانية لا بد فيها من رضا المدين بالحوالة كتابة فى الأهلى أو من رضاه أو إعلانه فى المختلط ليكون على علم بالتحويل ، فى حين أن الأوراق التجارية تحول بالتظهير أو بالمناولة . وهذا الخلاف فى الواقع ظاهر أكثر منه حقيقى ، لأن الأوراق التجارية تكتب بشكل يضمن دائما رضاء المدين مقدما لأنها إذنية أو لحاملها ، فكأن المدين تعهد بالدفع للدائن أو لمن يأذن الدائن بالدفع اليه سواء بتظهير الورقة أو بمناولته اياها اذا كانت لحاملها . وأصحاب الديون المدنية يستفيدون الآن فى حياتهم العملية

من هذا الشكل التجارى ، لأنهم كثيرا ما يصرون على جعل سندات ديونهم إذنية أو لحاملها أو على الأقل على أن يقبل المدين فيها مقدما تحويل الدين لمن يشاء الدائن .

وهذه الطريقة مضافا اليها أن كثيرا من أحكام المعاملات التجارية وارد فى القانون المدنى لا فى القانون التجارى تقضى على ناحية كبرى من نواحى اختلاف أحكام المعاملات التجارية والمدنية وتجعل الاختلاف محصورا فى مجال ضيق وتقربهما من الوحدة التى يسيران اليها بخطى بطيئة ولكنها مسددة .

فصل القانون التجارى عن القانون المدنى*
تبريره وانتقاده

١٢ — قد يستغرب القارئ إزاء ما تقدم فى البنود الثلاثة المتقدمة من فصل القانون التجارى عن القانون المدنى واعتبار كل منهما قانونا مستقلا عن الآخر ، أو بعبارة أخرى أقرب لغرضنا ، قد يستغرب من تمييز المعاملات التجارية عن بقية المعاملات المدنية التى ليست إلا نوعا منها بل صدى لها وافراد قواعد خاصة بها دون بقية المعاملات المدنية .

والواقع أن فصل القانونين أحدهما عن الآخر ، أو تمييز المعاملات التى تحصل بين بعض الأشخاص دون البعض الآخر بأحكام خاصة ، لم يكن معروفا

---

* راجع فى موضوع توحيد القانونين التجارى والمدنى شارل اوران بهذا العنوان سنة ١٩٠٢ فيفانتى مقالة بعنوان قانون واحد للتعهدات فى حوليات القانون التجارى Annales de droit Commercial 1893,2,P.1 et s. وقارن مقالة ليون كان فى كتاب العيد المئوى للقانون المدنى الفرنسى ص ٢٠٩ وآشير مقاله فى المجلة العامة للقانون ٩٠٤ بعنوان الفكرة القانونية للأعمال التجارية . وانظر لوران رسالة سنة ١٩٠٦ فى اندماج القانونين التجارى والمدنى .

عند الرومان ولا فى الشريعة الاسلامية . وقد أصبح لا أثر له تقريبا فى البلاد الانجلوسكسونية كالولايات المتحدة وانجلترا على الخصوص [١] . وقانون التعهدات السويسرى يسرى سواء على المعاملات المدنية أو التجارية. زد على ذلك أنه حتى فى البلاد التى تقر مبدأ الفصل نجد الكتاب منقسمين، ففريق يبرره وفريق ينقده . ومن هذه البلاد ايطاليا[٢] وفرنسا ومصر[٣] على أن الرأى المتنور فى هذه البلاد يميل الى توحيد القانونين .

ومذ كان الأمر كذلك فلا بد أن نثبت هنا أقوال كل من أنصار الفصل والتوحيد مع تبديد وهم يبدو عند بعض هؤلاء الأخيرين عن ماهية التوحيد المطلوب ثم نتولى بيان حقيقة المقصود من توحيد القانونين وتأييده .

١٣ — تبرير فصل القانونين — ذكر الأستاذان ليون كان ورينو الحجج الآتية التى نوردها بتصرف قليل فى مجال تبرير فصل القانون التجارى عن المدنى [٤] وهى :

---

(١) عرفت انجلترا ردحا من الزمن طريق الفصل بين القواعد المدنيـة والقواعد التجارية ولأسـباب تاريخية وأخرى عملية انتهت بتوحيد أحكام المعاملات وادماجها معا ، خلافا لما قرره الدكتور ملش والأستاذ ڤال فى كتابهما عن القانون التجارى فى مصر بند ٢١ ، راجع فى القانون التجارى بانجلترا وعلاقته بالقانون العام فيها مقدمة للسيو لريبور بيجونيير على كتاب "مبادئ القانون التجارى الانجليزى" تأليف ت . م استيفنس وترجمة ل . اسكاررى (بالفرنسية سنة ١٩٠٩) .

(٢) راجع ڤيڤانتى المشار اليه فى الهامش قبل السابق .

(٣) ذهنى بك "التجارى" بند ٤ — ٩ ، ملش وڤال بند ١٤ — ٢٢ ، ومذكراتنا فى القانون التجارى سنة ١٩٣١ — ١٩٣٢ بند ١٠ وما بعده .

(٤) ليون كان بند ٤ ص٣ ومع ذلك انظر مقاله المشار اليه آنفا حيث يحبذ فكرة التوحيد .

أولا — ان التجارة تتميز ببعض أنظمة خاصة بها مثل البورصات والبنوك والمخازن العمومية وغيرها . وعمليات البورصة وأعمال البنوك والتعامل فى البضائع المودعة فى المخازن العمومية تخضع لقواعد خاصة غير القواعد المدنية المألوفة .

ثانيا — المعاملات المدنية تسير باجراءات معقدة و بطيئة، وليس فى ذلك ضرر لأحد ، لأن الشخص قد لا يتصرف تصرفا مدنيا مهما كبيع شىء من أملاكه أو رهنه الا مرة واحدة أو مرات معدودة فى حياته ، على عكس المعاملات التجارية فانها كثيرة بالنسبة للتاجر ومتكررة ، بل ان حياته التجارية تتكون من تكرار العملية الواحدة مرات فى اليوم أو فى الساعة . لذلك يجب لعدم تعطيل التجارة أن نستثنى المعاملات التجارية من قواعد واجراءات القانون المدنى البطيئة فلا نخضعها مثلا لقواعد الاثبات المدنية التى تتطلب اثبات التعامل بالكتابة اذا زادت قيمة العملية عن مبلغ معين (فى مصر عشرة جنيهات) وقد تتطلب لصحة العملية أن تكون بعقد رسمى ، لأن هذا يضيع على التاجر كثيرا من وقته ، والوقت من عناصر الربح والخسارة فى الوقت الحاضر .

ثالثا — الثقة المتبادلة بين التجار هى أساس التجارة ، لأن التاجر فى الغالب يتجر بأموال غيره الموضوعة فى يديه ثقة فيه . وتقصيره أو اهماله أو عدم قدرته على أداء واجباته والوفاء بتعهداته لأى سبب ما قد يؤدى بدوره الى تدهور غيره، ومن ثم الى تقليل الثقة العامة، أى ثقة الجمهور بالتجار والتجار بعضهم ببعض، أو ضياع هذه الثقة . واذا حصل ذلك تكون الطامة . ولذلك يجب لحماية الثقة التجارية احاطتها بسياج من الضمانات الخاصة كالتى نراها فى قواعد الافلاس واجراءاته ، التى يؤاخذ بها التاجر اذا عجز عن دفع

ديونه ، وفى القواعد الخاصـة بحفظ الدفاتر التجارية واعلان مشارطات زواج التجار والقيد فى السجل التجارى وهكذا .

١٤ — قضاء تجارى مستقل عن القضاء المدنى — وقبل أن نبدأ بتفنيد مبدأ الفصل عامة وهذه الحجج خاصة نود أن نلمح الى أنه ترتب على فصل القانونين التجارى والمدنى أحدهما عن الآخر فصل مثله بين القضائين المدنى والتجارى . فأفرد للدعاوى التجارية قضاء تجارى أى محاكم تجارية بجانب المحاكم المدنيـة العادية تتكون لا من قضاة فنيين فقط كما هى الحـال فى المحاكم المدنية بل ومن قضاة من التجار أيضا يجلسون مع القضاة القانونيين بصفة محلفين .

وقد قيل فى تبرير انشاء محاكم تجارية خاصة بالمسائل التجارية على النحو المتقدم أن المعاملات التجارية تتأثر بالعادات والتقاليد المرعية بين التجار ، وأن هـذه العادات والتقاليد يجب أن تراعى عند الفصل فى المنازعات التجارية ، وأن وجود محلفين من التجار أنفسهم فى المحكمة أضمن للوصول الى هذا الغرض نظرا لالمـامهم بهذه العادات وتلك التقاليد .

١٥ — القضاء التجارى فى مصر — ونظـام القضاء التجارى موجود فى مصر فى المحاكم المختلطة دون المحـاكم الأهلية وتتكون المحكمة التجارية المختلطة من ثلاثة قضـاة فنيين أحدهم مصرى واثنين من المحلفين التجار أحدهما مصرى أيضا بحيث تكون الأغلبية دائمـا للأجانب . ورئاسة المحكمة لأجنبى من الفنيين طبقا للتقاليد أو العرف الذى جرت عليه المحاكم المختلطة أى الأغلبية الأجنبية فيها طبعا . ويشترك المحلفون مع القضاة فى المداولة ولكل منهم صوت (٢ ت ل م) .

أما فى المحاكم الأهلية فالمحاكم المدنية العادية تحكم أيضا فى المسائل التجارية، غير أنها تطبق عليها أحكام القانون التجارى، أى أن فصل القانون التجارى عن القانون المدنى فى الأهلى لم يؤثر فى النظام القضائى الأهلى كما هى الحال فى فرنسا وفى القضاء المختلط .

١٦ — نقد الفصل بين القانونين — أكثر الكتاب فى العصر الحاضر فى البلاد التى تدين بمذهب الفصل بين القانونين التجارى والمدنى من نقد هذا المذهب، وقاموا يطالبون بضرورة توحيدهما (١) . وإنا نعجل بأن نلاحظ على بعض الانتقادات التى وجهها بعض الكتاب المصريين أنها تكاد، إذا اعتمدنا على العبارات والصيغ التى وضعت فيها، لا تعدو مسألة سطحية بحتة وشكلية . إذ يوجه بعضهم كلامه إلى عدم ضرورة كتابة مواد القانون التجارى فى مجلد على حدة وأنه يجب أن تجمع مواد القانونين فى كتاب واحد يصدر باسم القانون المدنى (٢) .

---

(١) راجع الهوامش السابقة فى هذا الموضوع، انظر كذلك تالير وبرسيرو بند ٥ ص ٤، وتالير فى مقاله فى كتاب العيد المئينى ص ٢٢٣، شيرون ص ٥ بند ٣

(٢) انظر الى قول الأستاذ ذهنى بك (ص٣ — ٤ بند ٤ — ٥) ان الفروق المعروفة الآن بين الأصول المدنية والأصول التجارية تصبح ولا قيمة تذكر لها اذا أدمج القانون المدنى مع القانون التجارى وأصبحا قانونا واحدا ... وان النص على بعض المسائل فى قانون دون قانون ثم النص على البعض الآخر بقانون خلاف الأول لا يبرره مبرر ولا ينهض له دليل يؤيده .

وانظر الى قول الأستاذ ملش فى مؤلفه العربى عن القانون التجارى (جزء ١ ص ٨) مستندا الى الأستاذ ذهنى بك وفى الوقت نفسه مشيرا الى الأستاذ قال ص٣ فبعد أن قرر عدم صحة الفصل بين القانونين وكذلك بينهما وبين قانون المرافعات وضرورة جمعها كلها فى مجلد واحد أو مجموعة واحدة قال "ويجب أن تلحق وتذيل (أى قواعد المرافعات) بها (أى بالمجموعة التى تضم القانونين المدنى والتجارى) دون أن يكون لها مجموعة خاصة كما هو حاصل الآن ..." ومع ذلك ففى كتابه الفرنسى مع الأستاذ قال عاد الأستاذ ملش وتنازل عن ضم المرافعات مع التجارى والمدنى فى مجموعة واحدة (بند ١٤ من المؤلف الفرنسى لملش وقال) .

١٧ — ولو أن المشكلة التى يثيرها الفصل بين القانونين هى حقيقة على هذه الصورة ما استحقت منا لحظة نضيعها فى مجرد ذكرها . وانما المسألة فى نظرى أعمق من ذلك وأخطر بكثير . الغرض الذى ننشده من انتقاد فصل القانونين هو توحيد القواعد التى تسرى على المعاملات، سواء أكانت تجارية بالمعنى المعروف لنا الآن أم كانت مدنية، أو بعبارة أخرى، نريد مثلا أن تكون طريقة اثبات الديون واحدة سواء أكانت مدنية إم تجارية ، وأن تكون طريقة تحقيق الرهن واحدة سواء أكان تجاريا أم مدنيا ، وأن تكون القاعدة التى تسرى على التاجر اذا أفلس مثلا هى نفس القاعدة التى تسرى على غير التاجر اذا أعسر ، لأن نتيجة توقف غير التاجر عن دفع ديونه أصبحت لا تقل خطورة عن توقف التاجر عن دفع ديونه أيضا. وخصوصا اذا كان غير التاجر شركة مساهمة مدنية، كشركات المساهمة العقارية الكثيرة التى توجد فى بلادنا وتمتص دماء الفلاحين وغيرهم بأساليبها المروعة .

وهل يمكن أن يقنعنى أحد إقناعا صحيحا بأن مصلحة جمهور الناس لا تتأثر من بطء اجراءات تحقيق الرهن أو الاثبات كما تتأثر مصلحة التجارة خاصة؟ أو هل يمكنه أن يبين لى الفرق من جهة الخطورة بين النتائج التى تترتب على تدهور شركة مساهمة تجارية وتدهور أخرى مثلها مدنية ، وخصوصا بعد أن اعترفت المحاكم للشركات المدنية بالشخصية المعنوية ، وأصبح الشخص المعنوى هو الذى يتحمل مسئولية أعمال الشركة لا الأعضاء الذين أسسوها أو الذين تتكوّن منهم ؟ ومن يمكنه أن يبرر الآن لماذا يجوز إعلان إفلاس الأولى واخضاعها لاجراءات الافلاس الشديدة دون الثانية ؟

إن طبيعة المعاملات من الوجهة العملية واحدة، سواء اعتبرت من الوجهة النظرية تجارية أم اعتبرت مدنية ، وأن كثيرا منها بل معظمها يخضع الآن ورغم الفصل بين القانونين لقواعد قانونية واحدة سواء عند الحكم فى صحتها

أو فى آثارها . وما دام الأمر كذلك فما فائدة اعتبار العقد الواحد كالبيع أو القرض أو الوديعة ذا صفتين ، فتارة يكون مدنيا وطورا يكون تجاريا ؟ أليس ذلك تمييزا بدون سبب أو مبرر ؟

ثم إن هناك عقودا لم ترد كل أحكامها فى القانون التجارى ، بل وردت فيه بعض أحكامها وتركت بقية أحكامها للقانون المدنى العام بحيث ان العقد الواحد تسرى عليه أحكام القانون المدنى فى بعض المشاكل الناتجة عنه، وأحكام القانون التجارى فى البعض الآخر . وهذا تلفيق لا نقتنع بفائدة بقائه حتى ولو كنا من أنصار الفصل بين القانونين . بل إنه خلط يثبت ضرره فى تطبيق القانون على الحياة التجارية . وأنفع منه فى الواقع جعل أحكام المعاملات بغير تمييز بينها واحدة، كما هى الحال فى البلاد التى لا تميز بين المعاملات التجارية والمدنية ولا بين التاجر وغير التاجر [١] .

وتتحقق وحدة الأحكام لا بالرجوع الى تعقيد القانون المدنى بل بالتخلص من قيوده الشكلية كلما أمكن ذلك، وتسهيل الاجراءات حتى تتمشى الأحكام مع ما تتطلبه النهضة الاقتصادية وحاجات التجارة فى الوقت الحاضر من البساطة والسرعة [٢] .

---

(١) ففى انجلترا مثلا ترى أن قاعدة الاثبات تحكم البيوع الحاصلة بين التجار وغيرهم (المادة الرابعة من قانون بيع البضائع الصادر فى سنة ١٨٩٣) وأن الافلاس جائز بالنسبة للتاجر وغير التاجر إذا توقف أحدهما عن دفع ديونه (قانون الافلاس الصادر فى أغسطس سنة ١٩١٤) .

(٢) وبهذا المعنى ليون كان فى كتاب العيد المئينى السابق الاشارة اليه .

هذا هو ما أعتقد أن الشراح قصدوه حينما قالوا ان الفصل بين القانونين ليس صحيحا نظريا وأنه يترتب عليه من الوجهة العملية صعوبات جمة [1] وهذا فى نظرى ما يجب أن يراد بتوحيد القانونين اذا تم .

١٨ — تفنيد حجج مذهب الفصل — الآن وقد أوضحنا بأجلى بيان الغرض الحقيقى من توحيد القانونين والصورة التى يجب أن يتم عليها كان يمكننا أن نقفل باب البحث فى هذا الموضوع لنشتغل بما يليه لولا أننا تركنا حجج أصحاب مذهب الفصل بدون رد عليها ونخشى أن يؤدى السكوت عليها الى اعطائها من القيمة ما ليس لها. والواقع أنها تبهر لأول وهلة ولكنها لا تقنع عند التأمل فيها .

فعن الحجة الأولى — وهى أن وجود منشآت خاصة بالتجارة كالبورصة والبنوك ومحلات التسليف على رهون والمخازن العمومية تستدعى قواعد خاصة بالعمليات التى تحصل فيها غير القواعد المدنية ، نلاحظ أن ذلك غير واقع فعلا الى حد كبير وأن العمليات التى تجرى داخل هذه المنشآت لا يوجد لها أحكام خاصة فى القانون التجارى أو القوانين المتعلقة بتلك المنشآت إلا فيما ندر . فالعمليات التى تجرى فى البورصة ليست إلا صورا من صور البيوع العادية . ولا يوجد فى القانون التجارى فى الفصل الخاص بالبورصات إلا نص واحد خاص بصورة واحدة من صور هذه البيوع أدخل فى سنة ١٩٠٩ وهى حالة البيع الذى ينتهى بمجرد دفع فروق بدون تسليم بضاعة أو دفع ثمن ، وقد أضيف لأسباب خاصة . والقوانين واللوائح المتعلقة بالبورصة لم تفعل أكثر من أن تبين بعض أحكام تفصيلية تعتبر تطبيقا للقوانين العامة التى تحكم البيع والتى توجد فى القانون المدنى لا فى القانون التجارى . فمثلا تنص هذه

(١) فال ص ٢٣ ، تالير بند ٥ ص ٢٤ ، ماش وفال بند ١٥ ص ٩ — ١٠

اللوائح على كيفية اتمام بيع البضائع الحاضرة بناء على عينة، وكيفية أخذ العينة ومضاهاتها بالنماذج التى تقررها اللوائح، وكيفية تسليم القطن ، وآثار تنشينه ، وكيفية تسليم الأوراق المبيعة ودفع ثمنها، وكيفية تصفية حساب العمليات التى يعقدها السماسرة فى البورصة وغير ذلك مما يعتبر تطبيقا أو تنفيذا للأحكام العامة لا بيانا لها. وقل مثل ذلك عن العمليات التى تجريها البنوك ، فلا أثر للنص على أحكامها فى القانون التجارى . وقد عرفنا من قبل أن القرض والوديعة والمبادلة (الصرف) — وهى أولى العمليات التى تشتغل بها البنوك — لم ينص على أحكامها فى القانون التجارى، بل تسرى عليها الأحكام المقررة لها فى القانون المدنى . ثم لنفرض أن بعض هذه المعاملات احتاجت الى حكم استثنائى لظروف خاصة بها فهلا يمكن أن يضاف ذلك الحكم فى القانون الموحد ؟ أليس فى أحكام البيع فى القانون المدنى نصوص خاصة بصور مختلفة من صور البيع كالبيع بالمذاق أو بشرط التجربة . المعقول أنه ليس من الضرورى فصل القانونين والتمييز بين المعاملات لمجرد كون بعضها يحتاج فى بعض الظروف الى حكم خاص أو استثنائى من القاعدة العامة .

وعن الجهة الثانية — نلاحظ أن قاعدة حرية الاثبات فى المواد التجارية وردت فى القانون المدنى (٢١٥/٢٨٠ ، ٢٣٤/٢٩٩ م ا م) لا فى القانون التجارى . ومع ذلك فالقانون التجارى نفسه لم يخل من التعقيدات الشكلية فى كل الأحوال ، إذ أنه لم يعف التاجر من وجوب استيفاء اجراءات كتابية للاثبات فى معاملاته مع غير التاجر وضد هذا الأخير . ولم يعفه منها فى عقود الشركات وبعض العقود البحرية مما سنذكره فيما بعد . وفوق ذلك فالقانون التجارى يقيد التاجر بحفظ دفاتر تجارية وتدوين معاملاته فيها بنظام معين . وما دام الأمر كذلك فتسقط هذه الجهة .

وفيما يتعلق بالحجة الثالثة يكفى أن نحيل على ماقلناه آنفا من أن قصر اجراءات الافلاس على التاجر ومؤاخذته بالشدة دون غير التاجر اذا توقف عن دفع ديونه أمر لايمكن تبريره الآن، والأولى جعل الحكم واحدا بالنسبة للتاجر وغيره .

١٩ — توحيد القضائيْن التجارى والمدنى — وكما انتقدنا مذهب الفصل بين القانونين كذلك ننتقد فصل القضاء التجارى عن القضاء المدنى . إنهم يبررون ذلك بأن المسائل التجارية قوامها عادات التجار وتقاليدهم وأنه لذلك لابد من ضم بعضهم الى المحكمة للاستفادة عند الحكم من خبرتهم. ولكن يرد على ذلك بأن المحلفين فى المحاكم التجارية لاينتدبون دائما من أهل الحرفة التى تكونت فيها العادة المراد تطبيقها أو بعبارة أخرى من زملاء المتخاصمين فى الحرفة ، وبأن مايمكن أن يغذوا به المحكمة من المعلومات يمكن الحصول عليه بشكل أدق إما بواسطة خبير فى موضوع النزاع أى فى الحرفة أو التجارة التى حصل بشأنها النزاع وأما بطلب شهادة أو فتوى من الغرفة التجارية . ولا حاجة لتكوين قضاء خاص وما يستتبعه من خلق مشاكل جديدة بسبب التنازع الذى قد يقع بين القضائين المدنى والتجارى على الاختصاص . وهذا هو الحاصل الآن فى المحاكم الأهلية وفى جميع البلاد التى لا تدين بمبدأ الفصل بين القانونين . ولم يشك أحد من أحكامها التجارية .

٢٠ — القانون التجارى والتشريع الصناعى وتشريع العمال — عرفنا فى البنود الأولى من هذا الكتاب أن الصناعة فى نظر واضعى القانون التجارى تعتبر فرعا من التجارة ، بمعنى أن قيام صاحب المصنع بشراء المواد الأولية وتحويلها فى مصنعه الى بضائع قابلة للاستهلاك وبيعها للمستهلك مباشرة أو للوسطاء — كل هذه الأعمال تعتبر أعمالا تجارية من جانبه

يخضع فيها للقانون التجارى وللمحاكم التجارية . كذلك شراؤه العدد والآلات واستخدامه العمال اللازمين للصنع يعتبر عملا تجاريا من جهته لأنه تابع لعمله الأصلى . ولو أن الصناعة ظلت فى مكانها الذى كانت فيه عند البدء فى وضع القوانين التجارية لكانت هذه القوانين كافية بحاجات الصناعة والتجارة معا أى بحاجات التجارة بالمعنى الواسع . ولكن القرن الحاضر وأواخر القرن الماضى شهدا تطورا عظيما ونهضة سريعة فى الصناعة على اختلاف فروعها. فقد حلت الآلات الميكانيكية والكهربائيــة محل الأيدى العاملة والآلات اليدوية ، وكثر الانتاج وازداد الربح زيادة لا تتناسب مع رأس مال المصنع وزاد ميل أصحاب المصانع الى الاستغناء عن العمال ، وبدأ الحاح العمال فى طلب أجور أكبر أو نسبة فى الربح مع التأمين عليهم من الأخطار التى أصبحوا أكثر تعرضا لها بسبب قربهم أو احتكاكهم المستمر بالآلات الخطرة أو المواد الكيماوية أو الغازات أو غير ذلك مما يمتلئ به جو المصانع ، وظهرت مشكلة تحــديد ساعات العمل وأيام البطالة وغيرها من مشاكل العمال العاطلين كالاضراب وتشغيل الأحداث والنساء. ثم ان أثر هذه المشاكل غير مقصور على أصحاب المصانع والعمال فقط ، بل يتعداهما الى الجمهور فى كثير من الصور . ولذلك سرعان ما ظهرت هــذه المظاهر الجديدة فى الصناعة حتى بادرت الحكومات الى مقابلتها بالقوانين واللوائح اللازمة واتخاذ الاجراءات الضرورية للتوفيق بين المصالح المتضاربة والسير بالنهضة فى الاتجاه الذى يحدث أقل ضرر وأكبر نفع . فمن قوانين لتنظيم المصانع من الوجهــة الفنية أو الصحية أو الادارية ، الى أخرى لتحديد سنّ العمال وبيان الشروط والقيود الموضوعة لتشغيل الأحداث والنساء ، الى غيرها لضمان تعويض العمال عما يصيبهم من الحوادث أو المرض بسبب عملهم أو فى أثنائه والتأمين عليهم منها وتقــدير معاش العجز والتقاعد ومنع الاضراب أو تقييده وحق الحكومة فى التدخل

فى المنازعات الواقعة بين العمال ومخدوميهم وتسويتها بالطرق الودية أو الادارية ، الى قوانين حماية الملكية الصناعية Propriété industrielle كعلامات الصناعة والرسوم والنماذج وشهادات الاختراع .

٢١ — وهذه القوانين المختلفة يطلق عليها فى مجموعها اسم القانون الصناعى Droit industriel أو بالأحرى كما يسميها بلانيول[1] التشريع الصناعى Législation. على أننا نلاحظ أنه نظرا الى تباين المسائل التى يتناولها التشريع الصناعى واختلافها يصعب اعتباره فرعا مستقلا من فروع القانون كالقانون التجارى أو المدنى. ولذلك لم تصدر به مجموعة قانونية Code واحدة تضم كل أحكامه . ولهذا السبب عينه لا يمكن اعتباره جزءا من أى فرع من فروع القانون لأن أحكامه مأخوذة من كثير منها ، أو بعبارة أخرى أن بعض أحكامه يتبع فرعا من فروع القانون والبعض الآخر يتبع فرعا آخر . فالجزء من التشريع الصناعى الخاص بعلاقة الحكومة بالمصانع والشروط الصحية والفنية والادارية المطلوبة فيها وحق الحكومة فى التدخل فى منازعات صاحب المصنع مع العمال يكون جزءا من القانون الادارى أو الادارى التجارى . والجزء الخاص بحماية الملكية الصناعية أساسه فى الواقع القواعد المدنية العامة ، على أنه مع ذلك هو الجزء الذى يمكن أن يدخل فى القانون التجارى ويعتبر مكملا له Droit commercial complémentaire على أن القواعد الخاصة بالعمل والأجور أو تشريع العمال وان كان أساسها أيضا هى القواعد المدنية العامة إلا أن الأفكار تتجه من عهد غير قريب الى جمعها على حدة فى قانون خاص يسمونه قانون العمل Code du travail كما حصل فى فرنسا . وصدرت فى انجلترا ابتداء من سنة ١٨٩٠ قوانين مختلفة خاصة بالعمال منها قانون مسئولية المخدومين عن الحوادث التى تصيب العمال فى السنة المذكورة Employers' liability act ، ومنها قانون تعويض العمال سنة ١٩٠٦ Workmen's compensation act .

(١) بلانيول وريبير ١ ص ١١ بند ٢٨

٢٢ — أما فى مصر فلا يزال التشريع الصناعى وتشريع العمال فى دور التحضير. وقد يكون لهذا التأخر سبب ظاهر، وهو أن البلد لا يزال يعتمد فى ثروته العامة على الزراعة الى حد كبير، ولم تنشط الصناعة الوطنية تماما بعد، وان كانت قد بدأت تنهض بخطوات قصيرة ولكنها سريعة فى الأيام الأخيرة. وببدء نهوضها بدأ التفكير جديا فى وضع أسس هذين التشريعين. فوزارة الداخلية تشتغل الآن بوضع مشروع قانون للعمل وقد كون فيها مكتب خاص بشؤون العمال والمنازعات التى تحصل بينهم وبين أصحاب العمل ووضعت مصلحة التجارة والصناعة مشروعا لحماية الملكية الفنية والصناعية.

٣ — تاريخ القانون التجارى[1]

٢٣ — يقسم الكتاب تاريخ التشريع التجارى الى ثلاثة أدوار: ويتكلمون فى الدور الأول منها على التجارة والقانون التجارى فى العصور القديمة، وفى الثانى عنهما فى العصور الوسطى، وفى الثالث عنهما فى العصور الحديثة. وبعض الكتاب الفرنسيين يقسمون الدور الثالث الى عصرين: أحدهما يبتدئ من عهد لويس الرابع عشر، والثانى يبتدئ من وقت جمع القانون التجارى فى عصر نابليون الأول.

ونلاحظ هنا ملاحظة أولية وهى أن بعض الكتاب من المصريين[2] لم يزد فيما كتبه على أن بين لنا هل كانت التجارة معروفة أم غير معروفة، رائجة

(١) انظر تاريخ القانون التجارى تأليف هوفيلان سنة ١٩٠٤ وله أيضا رسالة عن تاريخ الأسواق والمعارض والموالد، وليرييور بيجونيير مقدمة على شرح استيفنس فى القانون التجارى الانجليزى، وانظر فرنون التجارى البحرى ص ٤ — ٥، وتاليروبرسيرو ص ٣٦ وما بعدها، وماسيه ص ٧ — ٩، ليون كان ورينو ص ٩ — ١٣

(٢) صالح ٧ — ٩، ملش ص ١٦ — ٢٤

أم كاسدة فى تلك العصور، مع بعض إشارات مقتضبة هنا وهناك الى تواريخ صدور أول أو أهم الأوامر أو القوانين التجارية . والبعض الآخر بدأ جيدا فى الكلام على نمو القانون التجارى بوجه عام وفى فرنسا بوجه خاص،ولكنه لما شرع يتكلم عن تاريخ التشريع التجارى فى مصر انحرف به الكلام الى الخوض فى تاريخ مصر العام . وعند هؤلاء وأولئك يصعب على القارئ، وعلى الخصوص الطالب المبتدئ ، أن يكتشف الحقيقة المحورية فى تطور التشريع التجارى اذا أشكل عليه البحث . أما الكلام عن تاريخ التجارة وأنها كانت معروفة أو غير معروفة رائجة أو كاسدة عند الشعوب القديمة أو غيرها فما لا يفيد الباحث ، ما لم يقترن هذا الكلام ببيان الأسباب والعوامل الاجتماعية والسياسية والتاريخية والاقتصادية التى أدت الى رواجها أو كسادها ليستخلص منها العبرة المقصودة من تقليب صفحات الماضى . وما دمنا لا نفعل ذلك هنا لأنه يخرج عن غرضنا المباشر ويحتاج الى مجلدات ضخمة فالأولى اغفاله .

وأما الكلام عن تاريخ التشريع التجارى فهو غرضنا المباشر من هذا البحث . ويجب أن يكون محور الكلام فيه هو بيان كيفية نمو القانون التجارى وانفصاله عن القانون المدنى العام . ويكون البحث أتم لو أمكنت المقارنة بين القوانين المختلفة التى وضعت لتنظيم التجارة وحمايتها فى مختلف العصور لمعرفة هل كانت كافية لحماية التجارة فى الوقت الذى وضعت فيه وهل فيها ما يشبه النظم الحاضرة أو يعتبر أساسا لها أو غريبا عنها ، حتى يمكن القول مع ريفيو بأن العصر الحاضر يعيش فيما يبتدعه أو يدعى ابتداعه من النظم على تراث الأولين أو نفى هذا القول . على أننا وان لم نستطع فى كتاب مدرسى كهذا أن نقوم بهذا البحث فسنحاول هنا وهناك أن نلفت النظر الى بعض النظم والقوانين القديمة التى لا تعتبر القوانين الحالية الا صدى أو تكرارا

أو استمرارا لها ، اذ ما لا يدرك كله لا يترك كله . ونعتقد أننا نؤدى الواجب نحو الطالب اذا أمكننا كذلك أن نضع قدمه فى مدخل الطريق ونترك له أن يجتازه وحده طبقا لمقدار استعداده واطلاعه .

٢٤ — ولا نرى بدا قبل الدخول فى شرح أدوار نمو القانون التجارى أن نلفت نظر الطالب الى حقيقة ظاهرة فى كل ما كتبه مؤرخو القانون التجارى ويجب أن يجعلها محور أبحاثه الى أن يثبت المنقبون فى الآثار القديمة عكسها وهى : " أن القانون التجارى لم يبدأ بالظهور مستقلا عن القانون المدنى الا فى القرون الوسطى وعلى الخصوص بعد الحروب الصليبية ، وأنه بدأ على شكل عادات اصطلح عليها التجار فى الجمهوريات الايطالية ثم فى غيرها من البلاد ، وجرى بها عرفهم الى أن دونت أولا تدوينا جزئيا فى أوامر أو قوانين مفردة أى خاصة بمسألة أو بمسائل تجارية محدودة ، ثم جمعت وأصدرت جميعا فى شكل قانون تجارى واحد ومستقل عن القانون المدنى " .

وبعد الاشارة إلى هذه الحقيقة نبدأ الآن بشرح الأدوار التى مر بها التشريع التجارى :

٢٥ — **الدور الأول — العصور القديمة** — إن من تحصيل الحاصل القول بأن التجارة لم تكن مجهولة عند كثير من الشعوب القديمة . فأقل المـلم بالتاريخ القديم يدلنا على أن الفينيقيين والاغريق اختصوا بنشاط تجارى عظيم . وكانت لكل من هذين الشعبين مستعمرات كما أن للدول العظمى التجارية فى العصر الحاضر مستعمرات كان السبب الأكبر فى امتلاكها التنافس بين الدول للحصول على التفوق التجارى . ثم انه من البدهيات أن كل أمة أو كل شعب صغر أو كبر لا بد أن يعرف التجارة وعلى قدر وسعه . فليس هذا اذن هو المهم ، وانما المهم أن نعرف هل

كانت هناك قواعد منظمة لبيان أحكام المعاملات التجارية عند تلك الشعوب وهل بلغت تلك القواعد من الكثرة والأهمية والتناسق بحيث كانت تعتبر قانونا مستقلا . والجواب على الشطر الأول من هذا السؤال بالايجاب حتما، اذ ما من أمة إلا ولها أحكام تجرى عليها ، حتى القبائل الهمجية فى معاملاتها تسير على قواعد يطبقها رؤساؤها على أفرادها وتتناسب مع عقليتها وحالتها .

أما عن الشطر الثانى من السؤال فالجواب عليه لا بد أن يحيط به الشك. وذلك لأن الآثار التى بين أيدى العالم الآن عن النظم القديمة لا تزال قليلة ومبعثرة . ومن الصعب أن نحكم على نظام منها حكما ثابتا على هذا الأساس . خصوصا وأن الآثار الموجودة اليوم قد يعثر على ما يناقضها غدا .

يروون أن الفينيقيين كانوا يتبعون أحكاما منظمة خاصة بالتجارة، واستدلوا على ذلك بأن الخسائر البحرية وأحكامها كانت معروفة لديهم . وان أغريق أثينا كانوا يعرفون القرض البحرى ويتعاملون به (١) وكانت لهم نظم خاصة لحماية التجارة فى بلادهم كنظام ألواح الضيافة Tables d'hospitalité ونظام الفناصل Proxènes. وأن الكلدانيين عرفوا التعامل بالنقد لا بالمقايضة ورتبوا سعر الفائدة وكيفية احتسابها وانقضائها وأجازوا تجميدها وعلموا ذلك للمصريين القدماء الذين كانوا يحرمون الربا ثم أجازوه على أن لا تزيد الفائدة عن ثلث رأس المال وعلى أن يبطل اذا وصل الدين الى ضعفه . وأن المصريين كانوا من أقدم الأوقات يشجعون الأجانب على الاتجار فى بلادهم ، كما يدل على ذلك الأثر الذى خلفه أوسرتسن الثالث عند حدود مصر الجنوبية ووجد منقوشا عليه أنه حد مصر من جهة الجنوب لكى لا يتخطاه السود

(١) تالير و برسيرو بند ٤٢ ص ٣٧

إلا لحمل أبقارهم وأغنامهم اليها والعودة من حيث أتوا . وكذلك يدل عليه البنوك التى كان يفتحها الأسيويون على حدود مصر الشمالية الشرقية بتشجيع رمسيس الثانى لمبادلة أهلها ثمنا بمأكولات . ونعلم أن اليونان بمصر كانت لهم علاقات مالية بالبلاد المجاورة ، وكان لهم بنك بالاسكندرية لإقراض النقود والمعاملات مع الخارج ، وأنه كانت توجد بمصر محكمة مختلطة للفصل فى المنازعات التجارية والمدنية بين الأهالى واليونانيين . أما الرومان فكانت الطبقة العليا منهم تعاف الاشتغال بالتجارة وتتركها للعبيد ، ولكن بمرور الزمن نتج من التجارة بواسطة الأرقاء بعض قواعد لا تزال سارية الى اليوم . فقد أغرت الطبقة العليا الثروة التى أصابتها الطبقة الدنيا على الاستفادة من الظروف واستخدام تابعيهم وعبيدهم فى التجارة دون مزاولتها بأنفسهم حفظا لمنزلتهم . ويقول الكتاب العصريون أن هذا هو أصل القواعد الخاصة بالممثلين التجاريين [1] Représentants de commerce وتابعى التجار أو موظفيهم Préposés وقد وجدت فى القانون الرومانى أيضا بعض أحكام خاصة بالتجارة البحرية استعارها الرومان من قوانين رودس كأحكام الخسائر البحرية والقرض البحرى . ويرى الكتاب أيضا أن نظام الافلاس الحالى منشؤه القاعدة التى وصل اليها الرومان فى آخر الأمر وسمحوا بمقتضاها للدائنين بأن يضعوا أيديهم على أموال المدين وادارتها بواسطة قيم الى أن Missio in possessionem تباع ويوزع ثمنها بينهم وفاء لديونهم بعد أن كانوا قبل ذلك يعطون للدائنين حق الاستيلاء على شخص المدين واستعباده وتشغيله فى مقابل الدين أو قتله وتوزيع جسده بينهم كل بقدر حصته [2] .

---

(١) ريفيو مختصر القانون المصرى مقارنا بالقوانين القديمة الأخرى ص ١١٥٢

(٢) ريفيو مختصر القانون المصرى مقارنا بالقوانين القديمة الأخرى ص ١١٥٢

نعلم كل هذه النبذ المبعثرة من قوانين الشعوب القديمة المذكورة، ولكن هـذا العلم كله لا يكفى للقول بأنها كانت تفصل بين المعاملات المدنيـة والمعاملات التجارية وتختص الأخيرة بقانون متناسق جامع لأحكامها دون القانون المدنى العام . وأكثر ما فى الأمر أن كثيرا من المعاملات صدرت له أحكام خاصة تعتبر جزءا من القانون العام السارى على كل الأشخاص على نحو ما يحصل فى البلاد الانجلوسكسونية ، حيث تصدر من آن لآخر قوانين لتنظيم بعض المسـائل التجارية وتسرى على الجميع باعتبـارها جزءا من القانون العام . هذا اذا لم نذهب الى أبعد من ذلك ونجزم مع بقية الكتاب بأن القانون الرومانى لم يعرف القانون التجارى متميزا أى منفصلا عن قانون المعاملات العام وهو القانون المدنى . وما يقال فى القـانون الرومانى يصح أن يقال فيما سبقه أو عاصره من القوانين .

٢٦ — الدور الثانى — العصور الوسطى — هذا هو الدور الذى بدأت تتكون فيه العادات التجارية التى انتهت بصدور القوانين التجارية البرية والبحرية مستقلة عن القوانين المدنية . وبيان ذلك أن الامبراطورية الرومانية لمـا سقطت على أيدى الغزاة من الجرمانيين قامت على أنقاضها عدة دويلات صغيرة أو بالأحرى مدن مستقلة عرفت فى التاريخ باسم الجمهوريات الايطالية مثل البندقية وفلورنسا وبيزا وجنوه .وقد اصطبغت تلك الجمهوريات بالصبغة التجارية من بادئ الأمر . لأنها كانت تعتمد على التجارة وكانت المدينة فى الغالب لا تخرج عن كونهـا اتحادا للطوائف أو لنقابات التجار المختلفة . وكان لتلك النقابات النفوذ الأكبر فى إدارة شؤون المدينة أو الجمهورية . وقد وجد هؤلاء أن التقيـد فى المعاملات التجارية بقواعد القانون الرومانى والقوانين الدينية ممـا يعرقل التجارة لأن هذه القوانين كانت كثيرة التعقيد شديدة الاعتداد بالاجراءات الشكلية فحاولوا الانحراف

عنها شيئا فشيئا واصطلحوا على عادات وأصول جديدة يتبعونها عند الفصل فى منازعاتهم دون التقيد باجراءات القانون المدنى . وقد كانت تلك العادات تختلف باختلاف الحرفة أو التجارة الموضوعة لها . ثم جاء وقت رؤى فيه تدوين تلك العادات . وبدئ فى تدوينها فى القرن الثانى عشر . وكانت كل طائفة أو نقابة تدون العادات الخاصة بها وتصدرها على شكل لوائح Statuta وفى بعض الأحيان كان يقوم بذلك اتحاد نقابات أوطوائف التجار بالاشتراك ، وعلى الخصوص فيما يمس التجارة عامة . وتعتبر تلك اللوائح أولى الأحجار فى بناء القوانين التجارية الحالية[1] .

٢٧ — وكما عنيت تلك الجمهوريات بوضع الأحكام اللازمة لحماية تجارتها الناشئة كذلك عنيت بترتيب الاجراءات التى تتبع للفصل فى المنازعات التى تنشأ عن التجارة . وقد جرت العادة بأن يفصل فى تلك المنازعات قناصل ينتخبون بواسطة النقابات المختلفة لكل نقابة قناصلها أو بواسطة اتحاد النقابات . فكان يوجد قنصل للصرافين أو أصحاب البنوك وآخر لأصحاب السفن وصانعيها وهكذا . و يعتبر قضاء أولئك القناصل أول حجر فى بناء نظام القضاء التجارى الحالى .

٢٨ — الحروب الصليبية وفضل العرب فى تكوين القانون التجارى

ومما تجب ملاحظته فى هــذا الدور وكان له أثر بالغ فى تكوين العادات التجارية الجديدة أن الحروب الصليبية فى ذلك الوقت حصلت

(١) قد تعرضت تلك اللوائح لمواد تجارية مختلفة فمنها ما هو خاص بالأهلية التجارية ومنها ما هو خاص بالشركات ومنها ما هو خاص بالأوراق التجارية وهكذا (راجع تالر و برسيرو بند ٤٣ ص ٣٩) .

قبل أن يتم تدوين تلك العادات أو فى إبانه وساعدت الجمهوريات الايطالية على نشر تجارتها فى شواطئ البحر الأبيض المتوسط الشرقية، اذ كانت مراكبهم تنقل المحاربين من الصليبيين الذين لم يكونوا محاربين فقط بل كانوا تجارا أيضا وتنقل المؤن وتعود بالعروض والسلع. وبذلك اتصل التجار الايطاليون بالمسلمين واطلعوا على نظامهم الفقهى والقضائى الرائع بحكمته وبساطته وخلوه من التعقيدات الشكلية ، فساعدهم ذلك وشجعهم على التخلص من تعقيدات القانون الرومانى والقانون الكنسى . ولسنا نقول ذلك تحيزا أو تعصبا لشريعتنا المجيدة ، بل يقوله معنا أحد فطاحل كتّاب الغرب وهو ليربيور بيجونير[1] ، وهذا نص قوله " ان العادات التى أدخلها التجار الايطاليون فى كل مكان يتكون معظمها من عناصر مستمدة من القانون الرومانى ولو أن منها أيضا عناصر مأخوذة عن عادات العرب أو الأتراك " . ونغتفر له قوله أن معظمها مأخوذ من القانون الرومانى لأن الكل يسلمون بأن هذه العادات ما وجدت إلا للتخلص من أحكام القانون الرومانى الكثيرة التعقيدات الشكلية . ومن الطبيعى أن يعز على كاتب غربى فى إبان النهضة الغربية الحاضرة أن يصدر منه اعتراف كامل بأن هذه النهضة تلقت أسسها أو بعض أسسها عن مدنية شرقية أصبحت الآن متداعية ولو أن هذا التلقى حصل فى وقت كان الوضع فيه معكوسا بالنسبة لهاتين المدنيتين .

---

(١) فى مقدمته على شرح القانون التجارى الانجليزى ص ١٥ ، ولا بأس من أن نثبت هنا نص قوله بالفرنسية ، لغته ، على غير عادتنا فى ايراد ما نقتبسه من اللغات الأجنبية بغير اللغة العربية وذلك لنبعد مظنة التحريف فى الترجمة قال :

Les usages importés partout par les commerçants italiens sont composés en majeure partie d'éléments empruntés au droit romain, quoique aussi d' éléments empruntés aux usages Arabes ou Turcs.

٢٩ — تشابه العادات التجارية — مكنت الحروب الصليبية التجار الايطاليين من أسواق الشرق الاسلامى على سواحل البحر الأبيض المتوسط الشرقية والجنوبية وكذلك من أسواق بيزنطة فى الشمال الشرقى. وحصلوا فى كل منها على منح وامتيازات أباحت لهم حق تعيين قناصل للفصل بين أفرادهم أثناء اقامتهم بها للتجارة والحكم بينهم بمقتضى عاداتهم . ولكنهم لم يكتفوا بذلك بل سرعان ما غزوا بلاد أوروبا الغربية وحملوا معهم عاداتهم اليها ، إذ كانوا يجوبون الأسواق العامة والمعارض ويحصلون على امتياز عدم الخضوع للقوانين المحلية فى البلد الذى توجد به السوق . وسرعان ما اقتبس الغربيون أحسن ما فى تلك العادات واتخذوه قانونا للتجارة عندهم. ثم تطورت الحال قليلا ، فبعد أن كان التجار يحملون بضائعهم الى الأسواق أصبحوا يكتفون بارسالها ثم بالتعامل بها فى تلك الأسواق بواسطة وكلاء أو بواسطة الصرافين الذين أصبحوا فيما بعد سماسرة. ومن هنا نشأ نظام البورصة . ومن هنا أيضا نشأ التشابه الكبير فى العادات التجارية فى مختلف البلاد ثم تشابه القوانين التجارية التى حلت محلها الآن فى مختلف البلاد أيضا .

ويرى التشابه بوجه أدق وأعم فى العادات التجارية البحرية التى دونت أيضا فى هذا الدور فى مجموعات مشهورة نذكر منها جداول أوليرون Roles d'oléron نسبة الى جزيرة بهذا الاسم فى المحيط الأطلسى، وتحتوى على العادات التجارية الشائعة فى ذلك المحيط ، "وقنصلية البحر" Consulat de la mer وهى مكتوبة باللغة القسطلانية، ويظهر أنها دونت فى برشلونه بين القرنين الحادى عشر والرابع عشر. ومنها أيضا "علم البحر" Guidon de la mer وتتكلم عن التأمين البحرى الذى لم يذكر فى المجموعتين الأوليين[1].

(١) انظر فى تاريخ القانون التجارى البحرى وفى هذه المجموعات فرنون " القانون التجارى البحرى ص ٤ — ٥" .

وكان من الطبيعى بعد أن تكونت العادات التجارية ودونت وظهرت بها مجموعات وقوانين أن يتكون بجانبها فقه تجارى يتولى الكتاب فيه شرح تلك العادات والقوانين. وقد كتبت فعلا عدة شروح فى وقت متأخر من العصور الوسطى لهذه القوانين، ومعظمها باللغة الايطالية ولا محل للاشارة اليها هنا(١).

٣٠ — الدور الثالث — العصور الحديثة — فى أوائل العصور الحديثة وحول منتصف القرن الخامس عشر فتح الأتراك القسطنطينية واستولوا على ملك بيزنطة. ولم يمض غير قليل حتى كانت شواطئ البحر الأبيض من الادرياتيك الى البحر الأسود وجميع شواطئه الشرقية والجنوبية فى قبضتهم، وأدى هذا الى انكماش تجارة الايطاليين الذين شغلوا عنها بالدفاع عن كيانهم. وأدى هذا أيضا الى انصراف دول أوربا الغربية الى البحث عن أسواق جديدة للتجارة بدل أسواق الشرق الاسلامى. ولحسن حظهم عثروا بأمريكا أثناء البحث واكتشفوا رأس الرجاء الصالح فانفسحت أمامهم الآمال، وسرعان ما حمى وطيس المنافسة بين تلك الدول فى استعمار البلاد المكتشفة والاستيلاء على منتجاتها وفتح أسواق جديدة لتجارتها.

فى هذه الظروف انتقل مركز التجارة من البحر الأبيض المتوسط الى المحيط الأطلسى ومن أيدى الجمهوريات الايطالية الى أيدى دول المحيط وعلى رأسها أسبانيا والبرتغال وهولندا وانجلترا وفرنسا. وبانتقاله انتقل أيضا مركز نشاط التشريع التجارى. وقد كانت العادات التجارية الايطالية قد تسربت منها كما رأينا من قبل الى دول أوربا الغربية بواسطة الأسواق والمعارض، وتشبع بها التجار فى تلك البلاد، فما لبثوا أن استغلوها فى تجارتهم الجديدة فبنوا عليها

---

(١) راجع فى هذه الشروح تالر وبرسير ص ٣٩

وأضافوا اليها وحسنوا فيها بقدر ما أكسبتهم تجاريبهم فى ظل المنافسة التجارية الشديدة التى ظلت من ابتداء العصور الحديثة الى الآن تحرك السياسة وتدفع التشريع فى اتجاهها. فأسرعت كل دولة الى تسهيل القواعد وتبسيط الاجراءات الخاصة بالتجارة وإحكام قواعدها وإنشاء قواعد جديدة تقابل ما يستجد من النظم التجارية .

٣١ — ولا ننسى أن نشير هنا الى أن القوانين التجارية المختلفة التى وضعت فى مختلف البلاد تتفاوت وتختلف فى بعض وجوهها وتفصيلها بسبب اختلاف أحوال كل بلد عن الآخر وإن كانت متشابهة فى أصولها ومضمونها كسابقاتها فى القرون الوسطى، فنجد أن القانون التجارى الانجليزى مثلا بعد أن بدأ يتكون مستقلا بقواعده عن قواعد القانون العام وتختص بتطبيقه محاكم تجارية خاصة ، إذا به ينتهى بفضل روح النظام الإنجليزى وبفضل أسباب تاريخية خاصة بانجلترا بأن يندمج فى القانون العام ويصبح جزءا منه ، واذا بالقضايا التجارية كذلك أو معظمها تصبح هى أيضا من اختصاص المحاكم العامة[1] . ونجد على العكس من ذلك فى فرنسا أن القانون التجارى ظل ينمو بفعل العادات والتشريع المفرد أو الجزئى الى أن استقل نهائيا عن القانون المدنى وانفصل عنه . ويلاحظ فى هذه القوانين أنها لم تكن جامعة لأحكام المعاملات التجارية عامة فى بادئ الأمر وفى مختلف البلاد . ولم تبدأ حركة تجميعها واصدارها فى شكل مجموعة بقانون واحد إلا فى القرن الماضى حينما جمعت أحكام المعاملات التجارية فى فرنسا وأصدرت بشكل قانون جامع . وفى انجلترا لم تجمع أبدا لا قبل اندماجها فى القانون العام ولا بعده لأن القانون العام نفسه غير مجموع .

(١) راجع فى ذلك مقدمة ليريبور بيجونير على ترجمة اسكارى لمؤلف استفنس فى القانون التجارى الانجليزى .

٣٢ — ولا يهمنا أن نذكر شيئا اجمالا أوتفصيلا عن محتويات القوانين التجارية ومصادرها وحركة تجميعها إلا بالنسبة للقوانين الفرنسية بايجاز كبير ، لأن القانون التجارى المصرى نقل عنها بجأة دون تحضير سابق أو تطور خاص بحيث ان تاريخ القانون التجارى الفرنسى يعتبر أيضا تاريخا للتشريع التجارى المصرى الحالى .

وقد بدأت حركة تدوين العادات التجارية و إصدار قوانين خاصة بها فى فرنسا [1] ابتداء من القرن الخامس عشر ، ففى عصر شارل السابع ولويس الحادى عشر بين سنى ١٤١٩ ، ١٤٦٢ ، ١٤٦٤ صدرت عدة قوانين بانشاء أربعة أسواق دولية وتنظيمها وجعلت أحكام المحاكم التجارية نافذة فى كل المملكة . وفى عهد شارل التاسع سنة ١٥٦٣ و بتأثير مستشاره هو پنتال أنشئت محكمة للفصل فى المنازعات التى تقع بين التجار تتكون من قاض وأربعة قناصل ينتخبهم أعيان تجار المدينة. وكانت أحكام هذه المحكمة تستأنف أمام برلمان باريس إذا زادت قيمة الدعوى عن خمسمائة جنيه ، ثم أنشئت بعد ذلك محاكم تجارية على نمط تلك المحكمة فى المدن الأخرى .

وهذه المحاكم هى الأصل المباشر لمحاكم التجارة الحالية فى فرنسا ، إلا أن عملها كان مقصورا على الفصل فى المنازعات الناشئة عن التجارة البرية . لأن التجارة البحرية كانت تختص بالفصل فى المنازعات الناشئة عنها محاكم أميرالية البحر Les cours d'amirauté التى ظلت موجودة الى أن ألغتها الجمعية التأسيسية فى أوائل الثورة الفرنسية ولا تزال توجد للآن فى انجلترا .

هـذا عن المحاكم التجارية أو القضاء التجارى فى تلك المـدة . أما عن التشريع التجارى فيظهر أن أول أثر جدى للاهتمام به كان فى عصر لويس

(١) راجع تالير و برسيروص ٤٠ — ٤٢ ، ليون كان ورينوص ٥ — ١٥ .

الرابع عشر ، ويرجع الفضل فيه الى وزيره كولبير الذى سعى سعيا متواصلا الى صرف هم لويس الرابع عشر الى التقدم بواسطة التجارة والاستعمار خارج أوروبا بدلا من غزوها . وبتأثيره بدأت حركة تشريع وتجميع هامة فى القانون التجارى .

وأهم الأعمال التشريعية التى أنتجتها تلك الحركة أمران ملكيان : أحدهما خاص بالتجارة البرية وصدر فى سنة ١٦٧٣ ، والآخر خاص بالتجارة البحرية وصدر فى سنة ١٦٨١

والأول من هذين الأمرين يتكلم على مواد الشركات والصرف والكمبيالات والافلاس وغيرها ، واشترك فى وضعه الى حد كبير أحد كبار التجار المسمى چاك ساڤارى ، وقد ينسب هذا الأمر اليه فيسمى أحيانا مجموعة ساڤارى وكان أيضاً مؤلفا مشهورا بكتابه "التاجر الكامل"(١) . ووضعت على هذا الأمر شروح مختلفة منها شرح المستشار جوس كما أن الفقيه المعروف بوتييه شرح بعض فصول منه مثل الشركات وعقد الصرف .

أما الأمر الثانى فقد كان أكمل من الأول وكان له تأثير حسن عند الأجانب مع أنه لايعرف واضعه الحقيقى ، وقد فصّل زيادة على قواعد القانون التجارى البحرى بعض المسائل الخاصة بالقانون البحرى العام والقانون الدولى العام كمسائل الغنائم البحرية .

وقد ظل العمل جاريا بهذين القانونين الى أن استعيض عنهما فى سنة ١٨٠٧ فى عهد نابليون الأول بالقانون التجارى الفرنسى الحالى البرى والبحرى ، الذى

---

(١) Le parfait négociant وظهرت أول طبعة منه فى سنة ١٦٧٥

هو أساس المعاملات التجارية ، ولا يزال معمولا به فى فرنسا فى الوقت الحاضر مع ما أدخل عليه من التعديلات والاضافات وما ألحق به من القوانين التكميلية . وعنه نقلت معظم قوانين التجارة فى الدول الحالية فى أوروبا وأمريكا وآسيا . وعنه نقل القانون التجارى المصرى .

تاريخ التشريع التجارى فى مصر

٣٣ — بعد العصر الفرعونى دخلت مصر فى حوزة الفرس فاليونان فالرومان على التوالى . ولم يغير دخولها فى حوزة هذه الدول شيئا من أنظمتها القضائية الا بعد أن اعتنق الرومان الديانة المسيحية وأدخلوا نظمهم فى مصر على اعتبار أنها قوانين دينية . ولا نريد أن نزيد شيئا عما قلناه بصدد التجارة والقوانين التجارية فى العصور القديمة بهذه المناسبة .

ثم جاء بعد ذلك الفتح الاسلامى ومن ورائه حلول أحكام الشريعة الاسلامية الغراء فى كل ما يتعلق بالمعاملات محل القوانين القديمة . وهذه الشريعة كانت تسرى على جميع المعاملات التى تقع سواء بين المسلمين أو بينهم وبين غير المسلمين من المصريين والأجانب الذين يتزاون بالبلاد الاسلامية ، وفى بعض الظروف كانت تسرى على غير المسلمين من مصريين وأجانب اذا ترافعوا الى قضاة المسلمين على التفصيل الذى أوردناه فى رسالتنا عن النظام القضائى فى مصر لطلبة السنة الأولى .

ويهمنا أن نذكر فى هذا المقام حقيقة تتصل ببحثنا وهى أن الشريعة الاسلامية لا تميز بين المعاملات التجارية والمدنية ولا تفرق بين التاجر وغير التاجر فى الحكم . وليس معنى ذلك أن العرب "المسلمين" لم يعرفوا التجارة أو لم تكن لهم تجارة ، فقد كانت تجارتهم تمتد من الصين شرقا الى الأندلس

وشواطئ المحيط الأطلسى غربا وبحر البلطيق شمالا (١) . وكانت لهم فى كثير من تلك البـلاد امتيازات كالامتيازات التى كانت تمنح لتجار الجمهوريات الايطالية وغيرها . وانمـا معنى ذلك أن أحكام الشريعة الاسلامية كانت تطبق على المعاملات إطلاقا سواء أوقعت من تاجر أو غير تاجر وسواء أكان الغرض من العمل الكسب والمضاربة أم لم يكن . ويلاحظ أن أحكامها جامعة شاملة لأنواع العقود والتصرفات المختلفة مثل البيع والشراء والمقايضة والصرف والسفتجة (الكمبيالة) والسَّلَم (بيع شىء آجل بثمن عاجل) والقرض والرهن والعارية بنوعيها (عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك) والوديعة والكفالة والحوالة والوكالة والايجـار والشركة والمضاربة اذا لم تتمخض عن ميسر (أو قمـار) والافلاس . واذا كانت قد أغفلت بعض النظم المعروفة الآن فى التجارة كالتأمين فاننا نعرف أن هذا النظام لم يعرف عند الغربيين الا مؤخرا . وربما كان اغفاله عند الشرعيين لأن فيه معنى القمار المحرم شرعا "إنما الخمر والميسر والأزلام والأنصاب رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه" . كما أن القرض بفائدة محرم أيضا فى قوله تعالى "وأحل الله البيع وحرم الربا". على أن هنـاك من قال فى ضعف حجة بإجازة القرض بفائدة غير مضاعفة ظنا منه بأن هناك مخرجا من الحرمة فى قوله تعالى "ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة"، كما أن بعضهم يجيزه اذا كان التعامل به قد حصل فى دار لا تخضع لسلطان المسلمين ولا تجرى فيهـا أحكام الاسلام، كما لو كان فى بلد أجنبى وكانت قوانين ذلك البـلد تجيزه ، أو كان فى بلد اسلامى أخضعه غير المسلمين لسلطانهم وأجروا فيه أحكامهم .

(١) راجع فى تأثير التشريع الاسلامى فى تقدم التجارة الدولية محاضرات أو بالأحرى دروس البارون تو به فى سنة ١٩٢٦ فى المعهد الدولى بلاهاى "مجموعة المعهد جزء ١ ص ٣٩٤ — ٣٩٧"

٣٤ — تأثير الشريعة الاسلامية فى تكوين العادات التجارية فى القرون الوسطى — ذكرنا فى بند سابق (رقم ٢٧) على لسان بعض مشاهير كتاب الغرب أن تجار الجمهوريات الايطالية فى القرون الوسطى استفادوا من عادات العرب والأتراك — ولفظ الأتراك ظل يستعمل أجيالا طويلة على لسان الغربيين كمرادف للفظ المسلمين — واستمدوا منها عناصر جديدة أدخلوها فى تكوين عاداتهم التجارية . وهنا محل لبيان كيف حصل ذلك . فالشريعة الاسلامية أوحيت أمهات أحكامها الى الرسول الكريم وفصلت أحكامها فى أحاديثه وأحاديث الصحابة والتابعين والشروح العديدة التى وضعت لها فى أوائل القرون الوسطى، وجاءت آية فى التدقيق الفقهى وتفريع المسائل واستخلاص أحكام الجزئيات ببيان ومنطق لا يوزن بالمقارنة اليه منطق الفقه الغربى الحديث. وامتازت أحكام الشريعة الاسلامية عن القانون الرومانى الذى كان قانونا عاما لأوروبا فى ذلك الوقت بخلوها من الاجراءات والتعقيدات الشكلية التى تدعو الى بطء المعاملات وعرقلة التجارة . فالعقد فى الشريعة الاسلامية يتم بمجرد توافق الايجاب والقبول بدون حاجة الى تسليم أو تسلم أى يكفى فيه رضا العاقدين. والكتابة ليست شرطا لا لصحة العقود والتصرفات ولا لاثباتها بل تثبت جميعها بشهادة الشهود أو بالقرائن مهما كانت قيمة الدعوى أو بالاقرار أو باليمين . وهذا هو مالم يصل اليه أحدث القوانين الأوروبية الا فى القرن الماضى وهو أيضا آخر ما وصل اليه الى يومنا هذا من درجات الرقى والتقدم وعلى الخصوص فى التشريع التجارى واثبات الديون التجارية .

وقد اتصل التجار الايطاليون وغيرهم من الغربيين بالمسلمين فى إبان الحروب الصليبية وبعدها وأحكام الشريعة الاسلامية على ماوصفنا من البساطة والخلو من التعقيد والرسميات مما جعل أحكامها ملائمة بنوع خاص

للسرعة والثقة التى تقتضيهما المعاملات التجارية. فكان من الطبيعى أن يتأثروا بنظامها ويستفيدوا منها فى وضع نظام جديد لتجارتهم يتخلصون بواسطته من القيود والتعقيدات التى ألفوها فى القانون الرومانى . اننا لانستطيع أن نجزم أنهم أخذوا هذا الحكم بالذات أو ذاك عن كتب الفقه الاسلامى مالم تكن تحت يدنا وثائق تبرر هـذا الجزم . وهى ليست فى يدنا ولكننا نستطيع أن نجزم بأنهم تأثروا بالفقه الاسلامى(1) وأحكام الشريعة الاسلامية ، وارتسمت فى أذهانهم صور منها استعانوا بهـا فى تحويل الأحكام الرومانية الى الاتجاه الجديد الذى اتخذته العـادات التجارية إذ من المستحيل أن ينتقل الانسان فجأة من نظام نشأ عليه وتربى فيه إلى غيره دون مؤثر خارجى خصوصا اذا نزل هذا النظام من نفس الانسان فى منزلة النظم الدينية كما كان القانون الرومانى فى ذلك الوقت .

٣٥ — تأثر الشريعة فى العصور الحالية بالقوانين الأوروبية — وإذا كانت الشريعة قد أثرت فى نهضة القـانون التجارى فى أوائل القرون الوسطى فأفادت فى دفع العادات والقوانين التجارية فى اتجاهها الجديد فانها قد تأثرت بدورها فى أواخر تلك القرون وفى العصور الحديثـة بالقوانين الأوروبية التى بدأت تزاحمهـا فى تطبيقها داخل بلادها . وكان أسـبق القوانين التى دخلت مصر وبدأت تطبق فيهـا بجانب الشريعة الاسلامية القوانين التجارية ذاتها التى ساعدت هى فى تكوينهـا . ثم عدّل بجأة النظام القانونى المصرى فيما يتعلق بالمعاملات المدنية والتجارية عامة ، وحلت فيه

---

(1) والبارون توبه المشار اليه فى الهامش السابق يؤكد هذا التأثير فى ناحية القانون الدولى وعلى الخصوص قواعده الخاصة بالتجارة ص ٣٩٤ ، ويقرر أن العرب كانوا هم العنصر النشط فى التجارة الدولية وأنهم ضربوا المثل فيها لتجار اسكنديناڤيا وغيرهم ص ٣٩٧ .

القوانين الأوروبية المدنية والتجارية محل الشريعة الاسلامية التى اقتصر فى تطبيق أحكامها على الأحوال الشخصية فقط من ذلك الوقت . ومما أسلفنا نرى أولا أن غزو القوانين الأوروبية لمصر لم يؤثر أصلا فى موضوع أحكام الشريعة الاسلامية فقد بقيت هذه الأحكام على ماهى عليه ولم تمس بتغيير أو تعديل نظرا لتقديسها من البدء الى النهاية . وقد رأينا أنها على قدمها لم يتفوق عليها أى قانون من القوانين الحديثة فى سبيل تسهيل المعاملات التجارية وسهولة اثباتها . ونرى ثانيا أن التأثير الذى وقع عليها وقع فى دائرة تطبيقها وتم فى مرحلتين : فى أولاهما كانت القوانين التجارية الأجنبية تطبق فى مصر جنبا لجنب مع الشريعة الاسلامية كل فى دائرة معلومة . وفى أخراهما استعيض عن الشريعة بتلك القوانين . ويلزمنا الآن أن نصف بالايجاز ذلك التطور فى كل من المرحلتين :

٣٦ — المرحلة الأولى — لم يكن المسلمون يسمحون للأجانب فى بادئ الأمر بدخول البلاد الاسلامية ولو للاتجار فيها إلا بأمان خاص (جواز سفر الآن) وبشرط ألا يقيموا فيها أكثر من سنة ، والا اعتبروا من الذميين أى من رعايا دار الاسلام ومنعوا من العودة الى بلادهم بشرط أن يكون الإمام أو الحاكم قد أنذرهم بمصيرهم عند انتهاء المدة . وكان ذلك خوفا من أن يكونوا قد أتوا اليها للتجسس تحت ستار التجارة أو كما يقول الفقهاء خوفا من أن يكونوا "عونا علينا وعينا لهم". ولكن هذه العزلة انتهت بعد الحروب الصليبية وعلى الخصوص فى عهد المماليك الأول الذين شجعوا تجار الجمهوريات الايطالية وغيرهم من تجار الغرب على حمل تجارتهم الى مصر بما منحوه لهم من التسهيلات التى أهمها لبحثنا أنهم صرحوا لهم أثناء اقامتهم فى مصر بأن يرفعوا منازعاتهم فيما بينهم الى قناصلهم الذين كانوا يحضرون ويرحلون معهم للفصل فيها طبقا لعاداتهم وقوانينهم .

وهذه المنح الأولى لم يكن فيها أى مساس بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى الدائرة التى رسمها لها الفقهاء ، لأنهم لم يكونوا يجيزون للقاضى المسلم أن يطبق أحكام الشريعة الاسلامية على غير المسلمين والأجانب إلا إذا قبلوا الترافع اليه فيكون قبولا منهم لحكمها . وكانت هذه القاعدة عامة سواء فى المنازعات المدنية والتجارية أو فى غيرها .

وظل الحال على ذلك طوال أن كان المسلمون أقوياء وحكامهم حرصاء على شريعتهم . ولم يبدأ بالتغيير الا بعد مدة طويلة من حكم الأتراك . فقد حشر فى بعض الامتيازات التى منحوها بعض نصوص لم يظهر أثرها العملى الا فيما بعد لأن تطبيقها أدى من ناحية الى توسع القناصل فى الاختصاص على حساب المحاكم المحلية ، ومن ناحية أخرى إلى أن الوطنيين أنفسهم كانوا يفضلون فى بعض الأحيان رفع دعواهم على الأجانب إلى قناصل أولئك الأجانب هربا من التعقيد والبطء والنفقات التى يتكبدونها لو أنهم اتبعوا نصوص الامتيازات . وظلت الأمور تسير من سىء الى أسوأ حتى جاء وقت تقاسمت فيه القوانين الأجنبية مع الشريعة الاسلامية السلطان فى مصر . فكانت الثانية تطبق إذا رفعت الدعوى على المدين فى المحاكم الشرعية ؛ وتطبق الأولى اذا رفعت الدعوى على الأجانب فى قنصلياتهم ولو كان رافع الدعوى مصريا . وقد ظل هذا التقاسم والتنازع الى أن أدت ظروف مصر فى آخر القرن التاسع عشر إلى تغلب القوانين الأوروبية على الشريعة الاسلامية فى المنازعات المدنية والتجارية وحلولها محلها كما سنرى فى المرحلة التالية .

٣٧ — المرحلة الثانية — تبدأ هذه المرحلة من عهد محمد على الكبير الى سنتى ١٨٧٥ ، ١٨٨٣ حين وضعت قوانين التجارة المصرية الحالية . لم يكف محمد على عن سياسة تشجيع الأجانب على النزوح الى مصر للاستفادة من خبرتهم فى أغراضه المختلفة من عسكرية إلى سياسية إلى اجتماعية إلى اقتصادية

إلى تجارية . وكان من الضرورى لذلك استبقاء امتيازاتهم، إلا أنه فى الوقت نفسه رأى هو ومن خلفه حالة الفوضى التى آلت اليها المحاكم والأحكام فعمد الى اصلاحها . وكان شغوفا بالاسترشاد بالنظم الأوروبية. ويهمنا هنا عمله وعمل من خلفه من الولاة من الناحية التجارية . فقد كانت التجارة من أهم ما عنى به فأنشئ لها ديوان خاص ينظر فى المسائل المتعلقة بمعاملة الأهالى والأجانب وفى بيع متاجر الحكومة ومشترياتها وهو أشبه شىء بوزارة للتجارة أو بمصلحة للتجارة والصناعة وأنشئ فى سنة ١٢٦١ ه مجلس للفصل فى المنازعات التجارية بين الأهالى والأجانب وجعل مقره الاسكندرية ثم مجلس آخر على نمطه فى القاهرة فى سنة ١٢٦٢ ه أى سنة ١٨٤٧ م . وكان كل من هذين المجلسين يتكون من عدد من أعيان التجار الغالبية منهم وطنيون والأقلية أجانب يعينون بالانتخاب على نحو ما كان يحصل فى فرنسا فى بدء تكوين القضاء التجارى . وقد أوجد بعد ذلك سنة ١٢٧٢ ه سنة أو فى ١٨٥٥ م مجلس استئنافى تنظر فيه الأحكام المستأنفة من المجالس الابتدائية اذا زادت قيمتها على خمسة آلاف قرش . وفى سنة ١٨٥٦ م أنشئ مجلس استئنافى آخر غير السابق ذكره[1] .

هذا عن القضاء التجارى الجديد . أما عن القوانين التجارية فلم توضع فى بادئ الأمر قوانين تجارية ولكن وضعت لوائح خاصة على الأكثر بطرق المرافعات والحجز أمام المجالس الجديدة كالمنشور الصادر فى سنة ١٢٦٢ ه واللائحة الصادرة فى سنة ١٢٧٣ ه ، إلا أن بعض هذه اللوائح وجد فيها بعض نصوص خاصة ببعض النظم التجارية كالسماسرة . على أن اللائحة الصادرة

(١) وقد أنشئ بعد ذلك قومسيون مخصوص سمى قومسيون القاهرة وكان يتكون من ستة أعضاء منهم ثلاثة مصريون ومنهم الرئيس وجعل لهذا المجلس حق الفصل فى القضايا بين الوطنيين والأجانب بمقتضى القوانين المعمول بها فى الدول مع مراعاة العادات المتبعة فى مصر .

سنة ١٢٧٣هـ والمسماة بلائحة الأربعين نصت على ضرورة الحكم فى القضايا التجارية المرفوعة الى هذه المجالس بالقانون التجارى العثمانى . وهذا القانون صدر فى الدولة العلية وأخذ بدوره عن القانون الفرنسى .

ويلاحظ أن مجلسى الاسكندرية والقاهرة ومجلس الاستئناف كلها كانت مختصة بالقضايا التجارية الواقعة بين الأجانب والأهالى. وكان تكوينها خطوة أولى فى سبيل التخلص من الأقضية القنصلية والمحلية فى المسائل المدنية والتجارية . كما نلاحظ أن صدور الأوامر لها بالعمل بقوانين مأخوذة عن القوانين الأوروبية كان أول خطوة صريحة فى الاستعاضة عن أحكام الشريعة الاسلامية فى قضايا تفصل فيها محاكم تعقد فى مصر وتعتبر رغم تكوينها مصرية .

وكذلك أنشئت للمنازعات التجارية وغيرها بين الأفراد من الوطنيين محاكم مخصوصة بجانب المحاكم الشرعية التى أصبح اختصاصها مقصورا على الأحوال الشخصية ، وسميت هذه المحاكم فى بادئ الأمر باسم الجمعية الحقانية ثم باسم مجلس الأحكام الذى لم يكن ينعقد بصفة منتظمة أو دائمة بل كان كثيرا ما يلغى ثم يعاد تكوينه . ولكن كان القانون المعمول به أمامه على الأقل من الوجهة النظرية هو الشريعة الاسلامية .

وظلت هذه النظم الأولية معمولا بها الى وقت الاصلاح القضائى فى سنة ١٨٧٥ حين دخل التشريع والقضاء عامة فى دور جديد . فأنشئت المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٦ للفصل فى المنازعات بين الوطنيين والأجانب وبين الأجانب المختلفى الجنسية ، وصدرت لها قوانين مدنية وتجارية وجنائية وقوانين مرافعات وإجراءات جنائية مأخوذة عن القانون الفرنسى فى الغالبية العظمى من نصوصها وعن الشريعة الاسلامية فى بعض أحكامها ، وكان من

بين تلك القوانين قانون التجارة المختلط البرى والبحرى الذى أصبح مرد الأحكام فى المعاملات التجارية المختلطة. وقد عدّل من آن لآخر ببعض قوانين ستعرف فى حينها .

وفى سنة ١٨٨٣ أنشئت المحاكم الأهلية وحلت بعد فترة وجيزة محل المجالس الملغاة فى جميع أنحاء القطر ، وصدرت لها هى أيضا قوانين مأخوذة عن القوانين الفرنسية والشريعة الاسلامية ، كما هى الحال فى المختلط ، وتكاد تكون مطابقة للقوانين المختلطة الا فى بعض تفاصيل نادرة . ومن بين تلك القوانين قانون التجارة الأهلى البرى والبحرى الذى أصبح أساس الأحكام فى المعاملات التجارية بين الأهالى الى الآن مع ما أدخل عليه من تعديلات وإضافات ستعرف فى حينها .

وبذلك عطلت أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المدنية والتجارية نهائيا فى غير النصوص القليلة التى أدخلت منها فى القوانين الجديدة .

أما المنازعات التجارية بين الأجانب المتحدى الجنسية فهى لا تزال خاضعة للقضاء القنصلى ولأحكام قوانين التجارة الخاصة بالجنسية التى يتبعها الخصوم. وذلك أثر من آثار فوضى الامتيازات التى لا يزال بعض الدول المتمدينة يجد من نفسه الجراءة الأدبية للتمسك ببقائها ، رغم تغير الظروف التى نشأت عنها ، وينسى أنها منحت فى الأصل من حكام منتصرين الى دول مهزومة وحكام فى السجون ، وأنها منحت تسامحا لا ضعفا وأن بقاءها مضر فى النهاية بمصلحة رعايا هذه الدول نفسها لا بمصلحة المصريين فقط ، وأن التمسك بها فى مصر المجردة من السلاح مع التهافت على قبول الغائها فى الدول التى تسلحت وقويت كتركيا وإيران والصين لا يشرف الدول الأوروبية المتمسكة بها بل يعتبر وصمة ومطعنا على مدنيتها وشجاعتها .

٤ — مصادر أحكام المعاملات التجارية

٣٨ — نقصد هنا المصادر التشريعية التى تلزم القضاة عند الحكم فى المنازعات التجارية . أما المصادر التاريخية فقد سبق بيانها فى البحث السابق عند بيان تطور التشريع التجارى . والمصادر بالمعنى المقصود هنا تنحصر فى ثلاثة وهى بالترتيب الآتى :

(١) القانون التجارى .

(٢) العرف التجارى والعادات التجارية .

(٣) القانون المدنى .

ويمكن أن نضيف لها مصدرا رابعا وهو القانون الطبيعى وقواعد العدالة والانصاف . ولكن هذا فى الواقع ليس خاصا بأحكام المعاملات التجارية ، بل هو مصدر عام لكل الأحكام القانونية عند سكوت المشرع عن النص وفى غياب المصادر الأخرى [1] . وقبل شرح هذه المصادر الثلاثة المتقدمة نلاحظ أن بعضهم يقول إن العادات التجارية قد تأتى فى الترتيب قبل القانون التجارى فيؤخذ بها رغم وجود نص فى القانون التجارى يقابل المسألة المطروحة. ولكن هذا لا يكون إلا اذا كان النص اختياريا وليس من النظام العام والعادة جرت بغيره فيعدل عن حكمه الى حكمها . وليس هذا فى الواقع قلبا للترتيب الذى ذكرناه ، لأنه لا يرجع اليها فى هذه الحالة الا اذا ظهر أن الخصوم تعاملوا على أساسها وأرادوا صراحة أو ضمنا مخالفة النص ،

---

(١) راجع ماقلناه فى بند ٩ وهامش ١ عليه .

وهو ما يملكونه ، فتتبع ارادتهم الصريحة أو الضمنية مع بقاء المقام الأول لنص القانون . وسنرى فى الشرح تفصيلا أوفى .

وقبل شرح المصادر المذكورة نلاحظ أننا سنجمع المصدرين الأول والثالث فى بند واحد لاتصال الشرح ولأنه لا يوجد كثير يقال فى كل منهما على حدة .

٣٩ — القانون التجارى والقانون المدنى — المقصود بالقانون التجارى والقانون المدنى جميع النصوص الواردة بالمجموعة الخاصة بكل منهما وكذلك جميع نصوص القوانين المكملة لها أو الملحقة بهما وان صدرت بصورة مفردة، أى على شكل قانون مستقل عن المجموعة العامة . وفى فرنسا يرجعون أيضا الى الأوامر والقوانين القديمة السابقة للقانون التجارى الفرنسى الصادر فى سنة ١٨٠٧ لأنها لم تلغ إلا بقدر ما خالفها[1] . ولا شك أن الأمر يكون كذلك فى مصر لو وجدت مثل تلك القوانين. ولكن القوانين السابقة فى مصر لصدور القانون التجارى سقطت كلها بسقوط النظام الذى وضعت معه .

والقانون التجارى هو الأصل الذى يجب أن تستمد منه أولا أحكام المعاملات التجارية . أما القانون المدنى فلا يرجع اليه إلا بصفة تبعية [2] عند عدم وجود نص فى القانون التجارى أو عادة تجارية . وهذه القاعدة متفق عليها فقها وقضاء، لأنها وان لم تقرر بنص عام فى أى القانونين المدنى والتجارى إلا أنه يوجد تطبيق لها فى كثير من نصوصهما. مثال ذلك المادة ٢٥/١٩ ت ام التى تقضى بأنه يراعى فى الشركات التجارية الأصول العمومية

---

(١) تالير و برسيرو بند ٤٦

(٢) المرجع السابق .

المبينة فى القانون المدنى، والمادة ٥٤٤/٤٤٧ م‌ام بهذا المعنى أيضا . ومثال ذلك أيضا المادة ٧٣/٦٧ ت‌ا م التى تخضع السماسرة فى حقوقهم وواجباتهم للعرف التجارى وللقواعد المقررة للتوكيل (أى للوكالة فى القانون المدنى) ، والمادة ٨٢/٧٦ ت‌ا م الفقرة الأخيرة منها الخاصة برهن الديون فانها أحالت على المادة ٦٧٢/٥٤٩ م ا م . وما دام الأمر كذلك فلا معنى لقصر مفعول هذه القاعدة على الأحوال التى طبقت فيها فى المواد المذكورة وغيرها مما لم نذكرها ، إذ لا يوجد مقتض لذلك ولا مانع من تعميمها فى جميع الأحوال الأخرى .

٤٠ — العرف التجارى والعادات التجارية — لا نحتاج الى إسهاب فى أن العرف والعادة من مصادر القانون التجارى كما أنهما أيضا من مصادر القانون المدنى . فقد نصت المادة ٣٤/٣٩ ل ت ا م على وجوب الحكم فى المواد التجارية بمقتضى العادات عند عدم وجود نص فى القانون . ولا شك أن المقصود هنا هو القانون التجارى . كما أن هناك نصوصا كثيرة فى القانون المدنى توجب الرجوع الى العرف والعادة على الخصوص فى المسائل التجارية. ومنها ما يدل على أن النص نفسه يفضل حكم العادة على حكمه الذى أتى به كنص المادة ١٨٢/١٢٤م ام التى تقضى بعدم جواز طلب الفوائد عن الديون إلا من يوم المطالبة القضائية ما لم تقض العادات التجارية فى أحوال معينة بغير ذلك . ومثلها المواد ١٢٤و ١٢٥و ١٨٥/١٢٦و ١٨٦و ١٨٧ م ام أيضا الخاصة بسعر الفائدة وتجميد الفوائد . وقد ذكرت المادة ٧٣/٦٧ تجارى أهلى ومختلط العرف التجارى قبل ذكر أحكام القانون المدنى التى يجب الرجوع اليها فى تعرف حقوق السمسار وواجباته وغير ذلك مما يتعلق به من الأحكام . وفى هذه النصوص ما يؤيد ما ذكرناه فى بند ٣٨ من أن العادات التجارية كمصدر لأحكام المعاملات التجارية تأتى قبل نصوص

القانون المدنى ولا تتقدم نصوص القانون التجارى . وسنرى فيما بعد حكم التعارض الذى قد يقع بين العادات وبين نصوص القانون اذا خالف حكمها حكمه .

٤١ — وللعرف التجارى والعادات التجارية أكبر الأثر فى تكوين أحكام المعاملات التجارية بل ان القانون التجارى نفسه ، كما رأينا عند الكلام على تاريخه ، ليس الا مجموعة مدونة من العادات التى اصطلح عليها التجار واستقرت بينهم وجرى عليها عرفهم. ولكن العادات التجارية ليست مقصورة على تلك التى دونت وجمعت فى القوانين التجارية، لأن التجارة تنمو وتتقدم من يوم لآخر، وتنمو معها عادات جديدة كل يوم تتكون بحسب مقتضيات الأحوال بجانب القوانين التجارية لسد ما يظهر فيها من الفراغ أو لتكميل أو تعديل أحكامها لتتمشى مع أحوال التجارة وحاجاتها المتجددة . ويهمنا ازاء ذلك أن نعرف قيمة تلك العادات وكيفية تطبيقها من الوجهة القانونية.

٤٢ — قيمة العرف والعادات التجارية — يفرق عدد كبير من الكتاب بين العرف La Coutume وبين العادة Usage[١] من وجهة القوة القانونية . والعرف هو قاعدة قديمة ثابتة ومرعية فى العمل . ويشترط بعض الكتاب أن تكون ثابتة بأحكام المحاكم مرارا وتكرارا أو باقرار كبار الكتاب ليكون لها كل قوتها القانونية . وعلى رأس هؤلاء تالير الذى يعرف العرف بأنه " قاعدة قانونية الزامية ومن النظام العام يقرها الكتاب أو تقضى بها المحاكم ليكمل بها القانون أو يسد فراغه وقد تخالفه " . وبعض الحديثين المجددين من الكتاب لا يشترطون ثبوت العرف بأحكام

(١) راجع فى هذا الموضوع ما كتبناه فى مدخل أو مقدمة القانون الطبعة الأولى ص ٨٠ ، وانظر تالير وبرسيرو وما أشار اليه من المراجع ص ٤٤ — ٤٦ بند ٤٩ والهوامش عليه .

القضاء [1] ، كما أن بعضهم ينكره أصلا كمصدر مستقل من مصادر الأحكام القانونية إذ يندمج فى الفقه أو القضاء . أما العادة فهى قاعدة مصطلح عليها بين الأفراد فى معاملتهم واعتادوا أن يعتبروها شرطا ضمنيا فى اتفاقاتهم ولو لم ينصوا صراحة على اتباعها عند التعاقد أو الاتفاق .

والعادات المصطلح عليها بين التجار أكثر فى المعاملات التجارية منها فى المعاملات المدنية ، ولا حصر لها . وانما بعضها عام Général يطبق على تجارة معينة فى بلد أو قطر معين أو فى جميع البلاد والأقطار ، وهذا النوع من العادات شائع فى التجارة الدولية على الخصوص وفى التجارة البحرية على الأخص . و بعضها محلى Local أو خاص بتجارة معينة فى جهة معينة من جهات البلد أو القطر .

قيمة العرف — قبل حركة تدوين القوانين و جمعها ، التى ظهرت فى أوائل القرن الماضى فى فرنسا وفى أواخره فى مصر ، كان العرف يعتبر فى منزلة القانون سواء بسواء وكانت له نفس القوة الالزامية أمام المحاكم وفى نظر الكتاب وبالنسبة للأفراد . وهو لايزال حافظا لقوته فى البلاد التى لم تدون قوانينها ولم تجمعها . فكان مصدرا أساسيا لأحكام القانون ان لم نقل إنه كان المصدر الوحيد فى كثير من الأحوال وكان يرجع اليه القضاة والفقهاء ليستمدوا منه الحكم سواء اعتبرناه مستقلا عن أحكام المحاكم والفقه أو من باب أولى اعتبرناه مع تالير معبرا عنهما أو اعتبرناهما معبرين عنه . أما بعد تدوين القوانين و جمعها وبعد اعادة تنظيم سلطات الدولة وظهور مبدأ فصل السلطات فقد قلت أهمية العرف كمصدر من مصادر الأحكام القانونية ، وأصبحنا وقلما نجد عرفا جديدا يتكون بجانب نصوص القانون سواء بالاستناد الى أحكام المحاكم

---

(١) تالير و برسيرو ص ٤٥ هامش ١ وهو يرى أن هذا الرأى من شطط الشبان ومبالغاتهم ويحذر من ذلك .

وأقوال الفقهاء أو بدون الاستناد اليها . ويرجع السبب فى هذا التضاؤل الى عاملين : أولهما نشاط السلطة التشريعية فى اصدار القوانين وتعديلها وتكميلها كلما دعت الظروف الى ذلك. وفى المسائل التجارية على الخصوص نجد التجار أفرادا وهيئات يسارعون بابداء ملاحظاتهم عن نقص التشريع التجارى فى تقارير يبعثون بها الى الحكومة أو الى الغرف التجارية كما نجد الحكومة نفسها تتلقى التقارير من قناصلها فى الخارج ومن الغرف التجارية ومن المحاكم بما يظهر لهم من وجوه الاصلاح أثناء العمل أو من الاطلاع والدرس فتعنى بمقابلة الأحوال بتشريع يلائمها . والثانى أن عمل القضاة والفقهاء أصبح بعد تدوين القوانين وجمعها مقصورا على تفسيرها وتطبيق القواعد التى تنص عليها ، وليس لهم إيجاد قواعد جديدة لأن ذلك يعتبر افتياتا على سلطة المشرع ويجب أن يحاذروا منه أشد الحذر . ومع ذلك فرغم نشاط السلطة التشريعية ورغم انكماش سلطة القضاء والفقهاء الى الحد الذى بيناه فقد تدعو الحاجة الى عرف جديد، لأن نشاط السلطة التشريعية لا يعصم قوانينها من النقص أو الغموض أو التعارض مع الدواعى العملية التى يجب الابقاء عليها فى تجارة معينة أو فى طائفة معينة من المعاملات فتعمد المحاكم الى سد النقص أو إزالة الغموض البادى فى القانون أو مغايرته ولكن بحذر شديد وتحت ستار التأويل. وطرق التأويل شتى. ولذلك لا نزال نجد أحكاما قانونية لبعض المعاملات مردها فى الواقع الى العرف لا الى نص القانون، وقد تكون مخالفة لظاهر النص أو لقاعدة مفهومة منه . مثال ذلك فى فرنسا قاعدة تملك حامل الكمبيالة لمقابل الوفاء، حتى ولو لم يقبلها المسحوب عليه، وقاعدة بطلان الشركة بين الأزواج، مع أن القانون لم ينص عليه، ومع أن البطلان لا يكون إلا بنص إذ هو يرد على خلاف الأصل فى التعامل وهو الحرية ما لم تقيد. ومن أمثال ذلك أيضا ما جرى به العرف فى فرنسا وفى مصر من عدم تجزئة الحساب

الجارى ، إذ لا يوجد نص على ذلك . وفى جواز تجميد الفوائد فى الحساب الجارى ولو كانت مستحقة عن مدة تقل عن سنة وفى إمكان المطالبة بالفوائد واحتسابها عن مدة سابقة على رفع الدعوى طبقا للتبع فى التجارة مثلان لعرف سارع المشرع إلى إقراره بنص صريح فى القانون ١٨٧/١٢٧ ، ١٨٢/١٢٤ ت أ م .

ومن ذلك نرى أن العرف وإن كان قليلا اليوم إلا أنه فى الأحوال التى يوجد فيها يعتبر فى قوة القانون وان خالفه . فلن تسمع مثلا من ساحب الكمبياله غير المقبولة فى فرنسا دعوى بملكيته مقابل الوفاء دون حاملها اعتمادا على عدم النص فى القانون على أن المقابل ملك للحامل . ولن يجاب زوجان الى طلب صحة الشركة بينهما رغم اتفاقهما لهذا السبب وهكذا . ولذلك نرى برسيزو يقرر أن العرف قاعدة قانونية إلزامية ومن النظام العام [1] .

قيمة العادات — أما العادات فليس حكمها حكم القانون بل حكمها حكم الشرط أو الاتفاق بين المتعاقدين . ولذلك يسميها بعضهم أحيانا "العادات الاتفاقية Usages conventionnels" خلافا للعرف الذى يسمونه أحيانا "العادات القانونية Légals" [2] لأن حكمه حكم القانون . وتعتبر العادة شرطا ضمنيا Clause tacite فى عقود التجار ومعاملاتهم ، يتعاملون على أساسها ويقبلون حكمها ولو لم ينصوا عليها فى العقد . ولكن يجوز لهم أن يستبعدوها بنص صريح فيه أو يتنازلوا عنها أمام القاضى باتفاقهم أو يتنازل عنها من له المصلحة فى التمسك بها ؛ كما يجوز للقاضى أن يستنتج من الظروف أنهم لم يتعاملوا على أساسها وأن نيتهم عند التعاقد كانت منصرفة

---

(١) المرجع السابق ص ٤٤ بند ٤٩

(٢) تالير وبرسيرو ص ٤٥

عنها[١]. ولكن يجب لكى يكون للعادة هذه القوة أن تكون ثابتة ثبوتا كافيا[٢] يجعلها معروفة ومحدودة ويضمن لها الاستقرار كما يجب فى رأى بعض الأحكام أن تكون عادلة[٣]. وأهم من ذلك يجب ألا يكون فيها ما يخالف النظام العام أى يجب أن يكون حكمها غير مناقض لحكم قاعدة قانونية من القواعد الالزاميـة الآمرة أو الناهية[٤]، لأنهـا معتبرة فى حكم الشرط أو الاتفاق، وهو لا يجوز اذا خالف النظام العام. ولا فرق فى ذلك بين أن يكون النص المتعلق بالنظام العام واردا فى القانون التجارى أو فى القانون المدنى. أما النصوص الاختيارية فى أى من القانونين فيصح أن تخالفهما العادة، لأن هذه النصوص وضعت ليؤخذ بها اذا لم يتفق المتعاقدون على خلافها أو لم يشترطوا غيرها، والعادة كما قدمنا مشترطة ضمنا بين التجار. ويجوز للخصوم أن يعدلوا عن حكم العادة صراحة أو ضمنا وأن يشترطوا ما شاءوا من الشروط أو يرجعوا الى حكم القانون.

ويلاحظ أن العادة التى تلزم الخصوم وتسرى عليهم اذا لم يستبعدوها هى العادة العامة فى بلد كل منهم، على شرط أن يكون كل منهم عالما بها وقت التعاقد لكى يفترض أنهم تعاملوا على أساسها واعتبروها ضمنا مشروطة بينهم. وهذا هو الغالب أو الذى يجب أن يفترض اذا كان المتعاقدون من بلد واحد وكانت العادة عامة فيه ومتبعة فى التجارة التى تم فيها التعاقد. أما اذا كانوا من

---

(١) قارن فال وملش بند ٤٣٤ ، س م ١٩١٦/٢/١٥ مج ت م ٢٨ ص ١٥٤ وبنفس العدد س م ١٩١٦/٢/٢١ ص ٤٣٩

(٢) الحكم السابق ، س م ٩١٤/٤/١٥ مج ت م ٢٦ ص ٣٣٣

(٣) الحكم السابق .

(٤) تالير وبرسيرو ص ٤٦ بند ٥٠ و س م ١٩١٦/١/٥ مج ت م ٢٨ ص ٩٢ و١٩١٣/٣/٢٧ مج ت م ٢٥ ص ٢٦٩

بلدين مختلفين والعادة خاصة ببلد أحد طرفى العقد والآخر يجهلها فلا تلزمه الا اذا ظهر أنه كان يعلم بها وحصل التعامل على أساسها . والقاضى هو الذى يقدر حسب الظروف مقدار علم الطرف الآخر بالعادة وهل حصل التعامل على أساسها (١) . والعادة الخاصة بتجارة معينة لا تلزم الخصوم ولا يصح الأخذ بها فى تجارة غيرها(٢) .

إثبات العادة — قد يكون من الصعب اثبات العادة فى بعض الأحيان. على أن تكوين المحاكم التجارية يساعد فى تسهيل المهمة لوجود محلفين من التجار بين أعضائها . وكلما كانت العادة عامة كان من السهل على المحكمة أن تتبينها . أما العادات الخاصة أو المحلية فعلى من يتمسك بها أن يثبتها أى يثبت وجودها ومضمونها . وعلى من يدعى أن حكمها لا يسرى عليه أو أن التعامل لم يحصل على أساسها أن يثبت الاتفاق على استبعادها أو يثبت الوقائع ويبين الظروف التى يستنتج منها ذلك .

وقد جرت العادة فى إثبات العادات التجارية المتنازع عليها بتقديم فتاوى Consultation ou parères من الغرف التجارية ، أو من الخبراء المصرح لهم ، بما يراد اثباته . وفى بعض النظم التجارية كالبورصات كثيرا ما تدون العادات فى اللوائح(٣) .

٤٣ — رقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالعرف والعادة — لما كان العرف يعتبر فى حكم القانون أو جزءا منه فاذا أخطأ القاضى الموضوعى فى تطبيقه جاز نقض حكمه ، كما لو حكم بجواز تجزئة الحساب الجارى ،

---

(١) ليون كان ورينو ص ١٤

(٢) س م ٣٠ /١٢/ ١٩١٤ مج ت م ٢٧ ص ٨٧

(٣) ليون كان ورينو ص ١٤ — ١٥

ومثل ذلك فى فرنسا الحكم بصحة الشركة بين الأزواج أو بعدم تملك حامل الكمبيالة غير المقبولة لمقابل الوفاء خلافا لما استقر عليه القضاء ورأى الكتاب أى لما جرى به العرف .

أما العادات فلا رقابة لمحكمة النقض عليها، لأنها شرط من شروط الخصوم المتفق عليها صراحة أو ضمنا، وليس لمحكمة النقض رقابة على تفسير المشارطات الا اذا خرج القاضى فى تفسيرها عن معناها الى معنى غير ظاهر بدون مبرر يقتضيه. وفوق ذلك فان العادات التجارية يجب أن تظل مرنة تتغير وتتحور طبقا لمجرى الحياة التجارية، ولو جعل لمحكمة النقض رقابة على تطبيقها وتفسيرها لأمكن أن تجمد على معنى واحد، وذلك ما لا يرغب فيه . واذا كان بعض العادات التجارية على ما يقول بعض الكتاب تقتضى أن تعتبر بمعنى واحد وأن يضمن لها هذا الثبات نظرا لشيوعها، فان الغالب أن المشرع يتولى إدماجها فى القانون بنص خاص، ومن هنا تخضع لرقابة النقض مثل باقى النصوص . ومن أمثلة ذلك العادات الخاصة ببعض أحكام الحساب الجارى (١٨٢/١٢٧ ت ام)[1] .

على أن هناك حالة يجب حتما أن يكون لمحكمة النقض فيها رقابة وتلك حالة ما إذا أخذ القاضى الموضوعى بعادة تجارية مخالفة للنظام العام، كما لو سمح بافلاس غير التاجر طبقا لعادة تجرى بهذا المعنى فى تجارة خاصة أو أقر فوائد تزيد على ٩٪ بالاستناد الى عادة كهذه [2] .

---

(١) شيرون ص ٨ وانظر فى هذا الموضوع عموما ليون كان المطول جزء ١ بند ٢٨٥ وتالير وبرسيرو بند ٥٫١

(٢) ليون كان ورينو هامش ١ ص ١٥

٤٤ — بعض أمثلة محلية للعادات التجارية — لما كانت العادات التجارية متنوعة لا حصرْ لها رأينا أن نذكر هنا بعض أمثلة مستمدة من أحكام المحاكم على العادات التجارية التى جرى عليها العمل فى مصر .

فمن ذلك ماقضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن الرمز £E يجب تفسيره طبقا للعادة الثابتة بأنه يعنى الجنيه الاسترلينى لا الجنيه المصرى [١] ، وأن من العادات الثابتة عند القرويين المصريين فى حالة التعاقد على بيع شىء ما ولو كانت قيمته عدة قروش أن يستحضروا شهودا يختمون أو يمضون على العقد [٢] ، وأن الشخص الذى يأخذ سلفة من بنك على أقطان أو حبوب يعتبر أنه رضى حكم العادات التجارية التى تقضى بأن يكون للبنك حق بيع ما يقدمه من الأقطان والحبوب لتغطية السلفة وما يكون البنك أنفقه من المصاريف بسبب ذلك دون أن يكون مسئولا عن الخسارة التى تلحق العميل من البيع ، ولا تجرى فى هذه الحالة أحكام الرهن لأن هذا العمل ليس برهن [٣] ، وأن البنوك لم تجر على عادة التأمين على الأقطان قبل حلجها ، ولذلك لايكون للبنك أن يطالب عميله بمصاريف التأمين خصوصا اذا لم يكن عوّده ذلك فى أوائل التعامل معه [٤] ، وأن العادة جرت فى بورصة الاسكندرية فيما يتعلق بتجارة القطن أن يحصل التعاقد على أساس القطن المحلوج فقط (الشعر) وعلى أساس القنطار مائة رطل ، فى حين أنها جرت فى الأسواق الداخلية على اعتبار القنطار ٣١٥ رطلا من القطن غير المحلوج [٥] ، وأن من العادات الثابتة

---

(١) س م ١٥ /١٩٠٩/٤ مج ت م ٢١ ص ٣٠٧ — (٢) س م ١٩١٧/٢/١٣ مج ت م ٢٩ ص ٢١٢ — (٣) س م ١٩١١/١٢/٢٨ مج ت م ٢٤ ص ٦٦ — (٤) س م ١٩١٨/٢/١٣ مج ت م ٣٠ ص ٢١٨ — (٥) س م ١٩١٢/٢/١٥ مج ت م ٢٤ ص ١٤٠

فى تجارة الأسمدة الكيماوية ألا ترسل الشركة أو البائع شيئا منها الى المشترى فى الأرياف إلا بعد أن يدفع هذا الأخير مقدما عشرة فى المائة من القيمة زيادة على العربون المدفوع وقت إمضاء العقد [١] ، وهكذا .

٥ — مدى سريان القانون التجارى

٤٥ — المقصود من هـذا البحث هو معرفة على من تسرى أحكام القانون التجارى ، هل يسرى على التجار فقط أم يسرى على كل من يعمل عملا تجاريا ولو لم يكن تاجرا ؟ وفى وضع السؤال بهـذا الشكل إشارة إلى مذهبين : أحدهمـا المذهب الشخصى Subjectif ، ومحصله أن القانون التجارى لا يسرى إلا على التجار فى معـاملاتهم التجارية . وبناء على هـذا المذهب يكون العامل الرئيسى فى تطبيق القانون التجارى هو صفة الأشخاص الذين يراد تطبيقه عليهم. والمذهب الثانى هو المذهب الموضوعى Objectif ، ومحصله أن العامل الأول فى معرفة متى تسرى أحكام القانون التجارى هو صفة النزاع أو العمل الذى يراد تطبيقه عليه ، فان كان موضوع العمل تجاريا طبقت عليه أحكام القانون التجارى ، بغض النظر عن صـفة الأشخاص الذين حصل العمل أو وقع النزاع بينهم .

وقد بدأ القانون التجارى قانونا شخصيا خاصـا بطوائف التجار ونقاباتهم فى القرون الوسطى . وظل كذلك إلى أن جاءت الثورة الفرنسية ، فرؤى أن بقاء نظـام الطوائف واختصاصها بقانون وأحكام يمتاز بها التجار عن غيرهم من المواطنين مما يتنافى مع مبدأ مساواة الجميع أمام القانون ، وهو المبدأ الذى

---

(١) س م ٢١/٦/١٩١٦ مج ت م ٢٨ ص ٤٣٩

كان غرض الثورة الأول . ولذلك حلت الطوائف وأصبحت التجارة حرة مباحة لكل فرد يريد أن يشتغل بها مؤقتا أو دائما من طريق المصادفة أو من طريق الاحتراف على أن يخضع فى تجارته للأحكام الموضوعة للتجارة ، وأصبح القانون التجارى بالتالى قانونا موضوعيا تسرى أحكامه على جميع المنازعات التجارية بغض النظر عن صفة القائمين بها أى سواء أصدرت من تاجر أم من غير تاجر .

ولكن المشرع الفرنسى لم يتمش مع ذلك فى جعل القانون التجارى قانونا موضوعيا الى النهاية ، إذ لم ير من الحكمة أن يعامل غير التاجر الذى يشتغل مصادفة بعمل تجارى أو يشتغل به بطريقة غير منتظمة بكل الأحكام التى يعامل بها التاجر المحترف ، وعلى الخصوص ما كان من تلك الأحكام مصدره أو الداعى اليه الاحتراف بالتجارة لا مجرد كون العمل تجاريا ، كالقواعد الخاصة بوجوب احتفاظ التاجر بدفاتر تجارية وباعلان مشارطات زواجه وبالافلاس ، ولذلك لم يتردد فى جعل هذه الأحكام الناشئة من الاحتراف بالتجارة مقصورة على التجار دون غيرهم ممن تضطرهم أو تغريهم الظروف بالقيام بعمل تجارى من آن لآخر . وبهذا القدر فقط يعتبر القانون التجارى قانونا شخصيا أيضا . إلا أنه لا يعتبر قانونا طائفيا ، لأن كل شخص حر فى أن يحترف التجارة فيصبح خاضعا لهذه القواعد الشخصية .

ومجمل ما تقدم أن القانون الفرنسى الحالى قانون موضوعى وشخصى . موضوعى فى أحكامه الخاصة بالأعمال والعقود التجارية التى يسرى عليها سواء أصدرت من تاجر أم من غير تاجر ، وشخصى فى أحكامه الخاصة بالتجار وواجباتهم وكيفية تفليسهم . وهذا المعنى ظاهر فى المادتين ٢١ و ٦٣٢ من القانون التجارى الفرنسى اللتين تقضيان على التوالى بأن التجار هم الأشخاص

المحترفون بالتجارة وأن المحاكم التجارية مختصة بالفصل فى المنازعات الواقعة بين التجار وكذلك فى الأعمال التجارية بغض النظر عن القائمين بها .

٤٦ — حكم هذه المسألة فى مصر — الأسباب التاريخية التى أدت الى هذه النتيجة فى فرنسا معدومة فى مصر[١]. ولكن المشرع المصرى نقل نصوص القانون الفرنسى كما هى فى القانون المختلط (مادتى ١ و ٩) . فالقانون المختلط إذن كالقانون الفرنسى موضوعى وشخصى . وإذا كان المشرع الأهلى قد غير الوضع فى قانون التجارة فاكتفى فى المادة الأولى ببيان من هم التجار وفى المادة الثانية ببيان الأعمال التجارية دون أن ينص على اختصاص المحاكم التجارية ، فان لسكوته عن الكلام على الاختصاص سبب واحد وهو عدم وجود محاكم تجارية فى النظام الأهلى ، ولا يمكن حمل سكوته هذا على أنه عدول عن اعتبار القانون التجارى موضوعيا وشخصيا كالقانونين الفرنسى والمختلط ، خصوصا وأن ذلك ظاهر من مقارنة نصوصه بعضها ببعض . ففى باب الافلاس وحفظ الدفاتر التجارية نجد أن الأحكام مقصورة فيها على التجار ، وكذلك فى اعلان مشارطات الزواج . أما فى غير ذلك فظاهر أن أحكامه موضوعية تسرى على التاجر وغيره . مثال ذلك : المادة ٧٦ ت ا التى تعتبر الرهن تجاريا اذا حصل تأمينا لعمل من الأعمال التجارية سواء أكان الراهن تاجرا أم غير تاجر ، وكذلك عملية السمسرة الواحدة فانها تعتبر عملا تجاريا ولو لم تتكرر أو تصدر من محترف (المادة ٢ ت ا) .

---

(١) عرفت مصر الى عهد قريب مظهرا غير مهذب من نظام الطوائف والحرف المختلفة ولذلك أهملناه .

الفصل الثانى

الأعمـــال التجارية

٤٧ — نبحث هنا فى أهمية التمييز بين الأعمال التجارية وبين الأعمال المدنية وفى ضوابط التمييز بينها، وبعد ذلك نشرع فى تقسيم الأعمال التجارية ونشرح كلا منها قسما قسما ثم عملا عملا :

١ — أهمية تمييز الأعمال التجارية من المدنية

٤٨ — ان لتمييز العمل التجارى من غيره أهمية عملية متعددة النواحى تظهر فى الفروق الآتية وهى :

أولا — من ناحية الاختصاص[1] — تقع الأعمال التجارية فى اختصاص المحاكم التجارية فى كل من النظامين الفرنسى والمختلط ، بغض النظر عما إذا كانت صادرة من تاجر أو من غير تاجر . ويلاحظ أن هذا الفرق لا أثر له فى النظام الأهلى لأنه لا توجد محاكم تجارية أهلية مستقلة عن المحاكم

(١) وقد ذهب أحد الكتاب (بيلاى Bielay) بفرنسا الى أن أهمية التمييز بين العمل التجارى والمدنى تنحصر فى هذه الناحية . وقد استند فى رأيه على أن المشرع الفرنسى لم يذكر الأعمال التجارية فى المادة ٦٣٢ ت ف إلا بمناسبة الكلام على اختصاص المحاكم التجارية إذ وردت هذه المسائل فى المادة المذكورة تحت عنوان "الاختصاص" . وقد فعل المشرع المختلط مثل ذلك . ولو أخذنا برأيه لقلنا فى القانون المختلط ما قاله فى القانون الفرنسى . ولكن هذا الرأى مهما كان له وجه من الصواب فى الحجة التى أدلى بها ظاهر السخف ، لأن ورود تعداد الأعمال التجارية تحت عنوان الاختصاص أو فى مجال ذكر الاختصاص المصرح به للمحاكم التجارية لا يفيد أن فائدة التمييز بينها وبين الأعمال المدنية مقصورة على تلك الناحية . وطبيعى أن هذه المناقشة لا تتصل بالقانون الأهلى : أولا — لأن المشرع الأهلى لم يذكر الأعمال التجارية تحت عنوان الاختصاص ، وثانيا — لعدم وجود محاكم تجارية أهلية يتكلم عن اختصاصها .

المدنية العامة . على أن ذلك لا يعنى أن المحاكم الأهلية لا تفرق بين العمل التجارى والمدنى من حيث القانون الواجب التطبيق، بل انها تطبق القانون التجارى وطرق الاثبات التجارية على العمل التجارى اذا رفع لها أمره كما تفعل المحكمة التجارية فى النظامين الفرنسى والمختلط .

ثانيا — من ناحية الاثبات — لا تشترط الكتابة للاثبات فى المواد التجارية كقاعدة عامة حتى فيما زادت قيمته على عشرة جنيهات ، فى حين أن الكتابة شرط للاثبات فى المسائل المدنية كقاعدة عامة كلما زادت قيمة الدين على هذا المبلغ .

ثالثا — من ناحية الأهلية — يشترط للقيام بالأعمال التجارية أهلية خاصة فى القانون المختلط (١٠ ت م) . وسيرد الكلام عليها مفصلا فى حينه . وقد كان الأمر كذلك فى القانون الأهلى (٤ ت أ) قبل صدور قانون المجالس الحسبية الجديد (١٩٢٢/١٠/١٣) .

رابعا — من ناحية الحرفة — من يشتغل بانتظام بالأعمال التجارية ويتخذها حرفة له يصبح فى نظر القانون تاجرا (٩/١ ت أ م) وتسرى عليه أحكام القانون التجارى الشخصية، فيجوز إعلان إفلاسه ويجب عليه حفظ دفاتر تجارية وإعلان شروط زواجه وقيد اسمه فى السجل التجارى ، كما ينتفع بالمزايا التى يمكن أن تنص عليها القوانين المختلفة كقانون الغرف التجارية ولوائح البورصات .

خامسا — من جهة الاشتراك فى المسئولية — تقضى المحاكم والعادات التجارية (على خلاف فى الرأى) بافتراض التضامن فى التعهدات التجارية ولو لم يتفق عليه ، فى حين أن التضامن فى التعهدات المدنية لا يكون إلا بنص القانون أو بالاتفاق (١٦٢/١٠٨ م أ م) .

سادسا — من جهة سعر الفائدة وتجميدها — الفائدة فى الديون التجارية ٧٪ وفى المدنية ٥٪ مالم يتفق على غير ذلك بشرط ألا تزيد على ٩٪ فى الحالتين. ويصح تجميد الفوائد فى الحسابات التجارية ولو كانت مستحقة عن مدة تقل عن سنة، خلافا للديون المدنية فلا يصح تجميدها إذا لم تكن مستحقة عن سنة كاملة.

سابعا — من الوجهة الجنائية — قد يسأل التاجر الذى يعجز عن دفع ديونه جنائيا اذا ثبت عليه تقصير أو تدليس. أما الرجل العادى فلا عقاب عليه إذا عجز عن دفع ديونه ولو كان سيء النية مهملا مغرقا فى الاهمال. ثم إن عقوبة التزوير فى الأوراق والدفاتر التجارية فى قوانين بعض البلاد كفرنسا (١٤٧، ١٥٩ ع ف) أشد منها فى الأوراق المدنية. أما فى مصر فلا يوجد نص مقابل لهذين النصين فى قانون العقوبات [1]. إلا أنه نص على عقوبة خاصة بالنسبة للتزوير الذى يحصل بطريق تقليد الأختام أو العلامات أو التمغات الخاصة بالشركات المأذونة من قبل الحكومة أو البيوتات التجارية (١٧٦/١٨١ ع أ م). وكذلك نص على عقاب من يستعمل تلك الأشياء مع علمه بتقليدها والعقوبة هى الحبس فى الحالتين [2].

---

(١) يهتم بعض المفكرين فى مصلحة التجارة الآن بوضع مشروع للغش والتزوير فى أنواع التجارة المختلفة.

(٢) يلاحظ أن هذه الجريمة معاقب عليها والعقوبة معمول بها (انظرس ١٩٠١/١٢/١ ح ١٧ ص ٣٠٨، نقض ١٩٠٨/٨/٢٥ ح ٢٣ ص ٢٧٣. ولا يجب الخلط بين هذه الجريمة والجريمة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٥/٣١٤ ع أ م الخاصة بتقليد ماركات الفاوريقات وغيرها مما يتعلق بالملكية الصناعية الفنية. والعقاب على هذه الجريمة الأخيرة موقوف حتى تصدر اللوائح المنظمة لهذه الملكية (أحمد أمين بك ص ١٧٩ — ١٨٠ وهامش ٢ على الصفحة الأخيرة) وقد وضعت مصلحة الصناعة والتجارة مشروعا خاصا بعلامات المصنع والتجارة وهو تحت بحث السلطات المختصة ولم يصدر قانون بناء عليه بعد وسنأتى على نصه كملحق لعقد البيع فيما يلى.

٢ — ضوابط التمييز بين الأعمال التجارية والمدنية

٤٩ — تعداد الأعمال التجارية في القانون — اكتفى المشرع المصرى فى بيان الأعمال التجارية بذكرها عدًا فى المواد ٢ — ٢/٣ — ٨ ت أم. وهو فى ذلك لم يفعل سوى أن قلد المشرع الفرنسى فى المادتين ٦٣٢، ٦٣٣ تجارى . وهو مع ذلك قد اضطرب حتى فى تقليده . فقد اختلف نص المادة ٢ تجارى أهلى عن نصوص المواد ٢ — ٨ مختلط فى التعداد ، لأن المشرع المختلط أغفل ذكر الكمبيالات التى ورد الكلام عليها فى القانون الفرنسى مفصلا ، وفى القانون الأهلى مجملا[1] ، ولم يتكلم عن السندات الاذنية إلا من جهة الاختصاص بينما المشرع الأهلى يذكرها فى مجال التعداد العام للأعمال التجارية . وكلا المشرعين الأهلى والمختلط لم يتدارك النقص الذى وقع فيه المشرع الفرنسى إذ أغفل الشركات التجارية مع أنهم جميعا أفردوا لها فصلا خاصا فى قوانينهم التجارية . ولم يذكروا القرض التجارى ولا التأمين البرى مع أنهم ذكروا التأمين البحرى .

زد على ما تقدم أن المشرع المصرى كالمشرع الفرنسى ذكر الأعمال التجارية فى المواد المذكورة دشتا يلى الواحد منها الآخر دون رابطة ظاهرة تربط بعضها ببعض أو قاعدة يرجع اليها لمعرفة ما يعتبر تجاريا وما لا يعتبر من الأعمال .

وهاتان الملاحظتان تؤديان بنا الى السؤال أولا عما اذا كانت الأعمال التجارية التى ذكرها المشرع فى المواد المذكورة آنفا وردت على سبيل الحصر أو على سبيل الدلالة والمثال .

---

(١) يلاحظ أن الكمبيالات ورد ذكرها فى النص العربى للمادة ٢ تجارى أهلى مرة فى الفقرة الرابعة ومرة فى الفقرة السادسة . والواقع أن ورودها فى الفقرة الرابعة جاء خطأ لأن النص الفرنسى لهذه الفقرة لم يرد فيه لفظ الكمبيالات بل ورد فيه لفظ Change "الصرف" بدلا منها .

فاذا كان الجواب على هذا السؤال هو أنها وردت على سبيل الحصر كان من الضرورى القول بأن المشرع أراد ضمنا أن تكون القاعدة فى تمييز العمل التجارى عن غيره هى ورود ذكره بين الأعمال التى سردها فى المواد المذكورة. أما اذا كان الجواب هو أنها وردت على سبيل الدلالة والمثال فيتحتم البحث فى ثنايا هذه المواد وفى طبيعة هـذه الأعمال لمعرفة هل كان المشرع يهتدى بضابط معين أو قاعدة مفهومة فى اعتبارها تجارية . وما هو هـذا الضابط أو تلك القاعدة أم انه عدها جزافا وعلى غير هدى .

٥ — التعداد على سبيل الدلالة لا الحصر — قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تعداد الأعمال التجارية الوارد فى المـادة ٢ت م جاء على سبيل الدلالة لا على سبيل الحصر[1]. وقد قطعت المحكمة بهذا الحكم عقدة الخلاف فى هذا الموضوع بين الكتاب فى فرنسا ، إذ انقسموا فيه الى مذهبين لا بأس من ايراد حجة كل منهما لكى نتمكن من الموازنة بينهما .

فأصحاب المذهب الأول يرون عكس ما ذهب اليه الحكم ، ويقولون إن التعداد ورد على سبيل الحصر محتجين بأن القانون التجارى استثناء من القانون المدنى ، فلا يمكن والحالة هذه أن يزاد على الأعمال التى اعتبرها تجارية عملا لم ينص على اعتباره كذلك ، لأن الاستثناء لا يصح التوسع فيه . ومع ذلك فأصحاب هـذا المذهب منقسمون فيما بينهم إلى فريقين : فريق يرى أن الأعمال التجارية وإن وردت على سبيل الحصر إلا أن المحاكم والشراح لا يجوز لهم أن يفسروها تفسيرا ضيقا ، بل عليهم أن يتوسعوا فى تفسيرها من طريق القيـاس[2] حتى يتفادوا من نتائج التضييق التى قد تكون غير معقولة أو

(١) س م ١٨٧٧/٥/٣١ مج د ٢ ص ٣٧٣ بوپيكوفر ص ٩ نمرة ٢٥

(٢) ليون كان ورينو بند ٢١ ص ٢٨

متناقضة . وعلى ذلك يرى هذا الفريق قياس التأمين البرى الذى لم يرد ذكره ضمن الأعمال التجارية على التأمين البحرى الذى ورد ضمنها ، وقياس بيع البضائع التى اشتريت بقصد بيعها على الشراء بقصد البيع واعتبار الأول تجاريا قياسا على الثانى .

وفريق يرفض القياس [١] ، وهو فى رفضه أكثر تمشيا مع القول بأن القانون التجارى قانون استثنائى وأن الأعمال التجارية وردت فيه على سبيل الحصر من الفريق السابق . وانما يرى هذا الفريق أن القاضى عند ما تعرض له مسألة جديدة يجتهد فى أن يدخلها فى طائفة من طوائف الأعمال التى نص عليها المشرع .

ويرى أصحاب المذهب الثانى [٢] أن اعتبارات عملية شتى توجب اعتبار تعداد الأعمال التجارية واردا على سبيل الدلالة اذ إن هذا التعداد جاء ناقصا ، فضلا عن أن التجارة تتخذ مظاهر شتى ، ولم يكن فى استطاعة المشرع أن يحصر التجارة فى الصور التى تم عليها الأعمال التى ذكرها . والقضاء يؤيد هذا الرأى ، ولم يتردد فى أن يعتبر بعض أعمال تجارية رغم أنه لم يرد لها ذكر فى القانون التجارى .

ونحن نميل الى هذا الرأى الأخير وهو الذى أخذ به القضاء المختلط [٣] ، لأن الأخذ بالرأى الأول مع القول بعدم جواز القياس يؤدى إلى إخراج عدد كبير من الأعمال التى جرى العرف والعمل على اعتبارها تجارية من نطاق

---

(١) تالير وبرسيرو بند ٩ ص ٨ — ٩

(٢) قارن شيرون بند ١٠ ص ١٢ وانظر ذهنى بند ٣٠ ص ٣٠ — ٣١

(٣) س م ١٨٧٧/٥/٣١ ، مج ر ٢ ص ٢٧٣

القانون التجارى ، والقول به مع إجازة القياس لا يكفى أيضا إذ قد يظهر فى التجارة من الصـور والمظاهر ما ليس له مثيل أو شبيه فى الأعمال التى ذكرها المشرع ، فيصعب القياس ونصل الى نتيجة كالتى تنتج عن عدم اجازة القياس . فمثلا لم يرد فى القانون المختلط ذكر لمقاولات البناء ، وفى كل من الأهلى والمختلط لم يرد ذكر لمقاولات الأشغال ، ولم يرد ذكر للخسائر البحرية فى القانون الأهلى . فعلى أى عمل ممـا ورد ذكره فيهما يمكن قياسها أم اننا لا نقيسها ونجتهد فى ادخالها فى طائفة مما ذكر فيهما ؟ وأية طائفة ؟ أم نعتبرها مدنية رغم الاعتبارات العملية العديدة التى توجب اعتبار الخسائر البحرية من الأعمال التجارية ؟ وبيع البضائع المشتراة بقصـد بيعها لم يرد ذكره لا فى القانون الأهلى ولا فى القوانين المختلطة ولا فى القانون الفرنسى . فكيف نسقطه من عداد الأعمال التجارية على رأى من قال بعدم جواز القياس مع أنهم أنفسهم لا يقولون بذلك ويحتالون من طريق آخر لاعتباره تجاريا ؟ إن المشرع فى الواقع عندما ذكر الأعمـال التجارية لم يفعل أكثر من أنه أثبت الأعمال التى جرى العمل واستقر العرف عند وضع القانون على اعتبارها كذلك . وليس أدل على أنه لم يرد الحصر من أنه لم يذكرها كلها بل سها عن ذكر بعضها رغم أنه لم يكن أحد يشك عند وضع القانون فى اعتبارها تجارية كبيع البضائع المشتراة بقصد البيع الذى أشرنا اليه آنفا .

وإذا لم تكن الأعمال التجارية وردت فى القانون التجارى على سبيل الحصر فيجب البحث أولا عما إذا كان المشرع استرشد فى تعداده لهـذه الأعمال برابطة معينة تربطها جميعا بعضها ببعض وتميزها عن الأعمـال التى ليست تجارية ، وثانيا عن تلك الرابطة أو الضابط الذى يقوم على أساسه التمييز بين النوعين من الأعمال إن وجد .

٥١ — أولا — المشرع لم يسترشد بضابط معين — أجمعت كلمة شراح القانون التجاري[1] على أن المشرع لم يكن يهتدي في تعداده للأعمال التجارية برابطة معينة تربطها جميعا وتميزها عن غيرها . بل حاول أن يثبت بقدر الامكان ما جرت التقاليد واستقر العرف على اعتباره تجاريا . ولكن ألا يمكن بالتمعن في الترتيب الذي ورد به ذكر تلك الأعمال في القانون وبالتأمل في طبيعتها ومقارنة بعضها ببعض وبالأعمال المسلم بأنها غير تجارية أن نهتدي الى صفة مشتركة أو ضابط معين يرجع اليه في تعرف العمل التجاري من غيره .

لقد حاولنا شيئا من هذا القبيل في الصفحات الأولى من هذا الكتاب بند (٢ — ٣) لكي نصل إلى ضابط معين نهتدي به في تعريف التجارة . وما أمكننا إلا أن نعرفها بطريق استبعاد ماليس منها ولا يدخل فيها، وساعدنا بحثنا في ترتيب ورود الأعمال التجارية وطبيعتها ومقارنتها ببعض أعمال نص المشرع على أنها ليست تجارية (٣ ت ا) على حصر معنى التجارة في الأعمال التي تنصب على المادة بعد خروجها من يد منتجها الأول إلى وقت دخولها في يد المستهلك . وقلنا ان هذه الأعمال تنحصر في أعمال الوسطاء، وفي أعمال الصناعة وأشرنا أيضا إلى أن الغرض من أعمال الصناعة في النهاية كالغرض من أعمال الوسطاء، أي تسهيل تداول البضاعة بين المنتج الأول والمستهلك . ولكن هل هذا يكفي لاعتباره ضابطا يتميز به العمل التجاري عن غيره ؟ ان من السهل أن نقول ان الأعمال التجارية تنحصر في أعمال التداول أو في أعمال الوسطاء والمصانع، ولكن ليس من السهل أن نعرف متى يعتبر العمل من أعمال الوسطاء أو من أعمال الصناعة وهو ما نبحث فيه .

(١) ليون كان ورينو بند ٢٠ ص ٢٧ ، تالير وبرسيرو بند ٩ ص ٨ ، شيرون بند ١١ ص ١٢ — ١٣ ، برنارد صقيل ص ١٤٩ ، ملش ص ٤٦ ، ومع ذلك قارن ملش وقال بند ٤٣ ص ٢٤ ولكن قارن لهما بند ٣٩

٥٢ — ثانيا — المذاهب المختلفة فى ضوابط الأعمال التجارية — وقد حاول الكتاب بدورهم أن يصلوا من هذا الطريق الى فكرة عامة تحوم حولها الأعمال التجارية أو قاعدة يرتكز عليها لتمييزها من غيرها ، فوصل كل منهم الى نظرية لا تقنع . وأهم النظريات التى وصلوا اليها نظريتان وهما :

نظرية المضاربة Spéculation[(١)] — وتتلخص فى أن الأعمال التجارية تتميز عن غيرها من الأعمال بعامل المضاربة ، وهى السعى فى تحقيق ربح مالى En argent أو هى وضع رأس مال فى عمل معين بقصد الحصول على ربح أو مكسب من ورائه . ولا شك أن هذه ظاهرة حقيقية فى معظم الأعمال التجارية التى ذكرها القانون ، كالشراء بقصد البيع ، ومقاولات البناء مع قيام المقاول بتوريد الأدوات والمهمات اللازمة للبناء ، والمقاولات المتعلقة بالمصنوعات ، وأعمال البنوك ، ومحلات المزايدة والملاعب العمومية . ويظهر أن بعض أحكام المحاكم تأخذ بهذه النظرية [(٢)] .

ولكن قيمة هذه النظرية تقل إلى حد كبير إن لم تضع أصلا إذا عرفنا أن المضاربة ليست مقصورة على الأعمال التجارية ، وأن بعض الأعمال التجارية التى ذكرها القانون لا يقصد بها المضاربة دائما ولا يؤثر ذلك فى اعتبارها تجارية . فشراء العقارات بقصد بيعها ، كما تفعل شركات المساهمة العقارية فى مصر ، لا يعتبر عملا تجاريا رغم أنها تحقق أرباحا لا حصر لها ورغم أن هذه الأرباح هى الغرض الأساسى لتكوين الشركة . كذلك الزارع الذى يستأجر الأراضى الزراعية ليؤجرها من باطنه بأجرة أعلى ويستولى على الفرق

---

(١) ڤال ، بلاى ، بواستل ، (ملش ص ٤٧) ، ملش وڤال ص ٢٤ بند ٤٣

(٢) قارن س م ١٢/٥/١٨٨٦ بوريللى ص ٢٠٣ ، جلاد ٣١/١٢/٢

انما يضارب على هذا الفرق وعمله لا يعتبر تجاريا . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان مجرد التوقيع على الكمبيالة يعتبر عملا تجاريا ولو لم يكن الغرض منه المضاربة بها ولو لم يكن من وقّع عليها تاجرا .

نظرية التـداول Circulation [1] — وملخصها أن الأعمال التجارية تتميز بكونها ترمى إلى تسهيل تداول البضـائع والنقود بين المنتج والمستهلك . ولا شك فى أن كثيرا من الأعمال التجارية بل الغالبيـة العظمى منهـا هى أعمـال تنصب على الأشياء من وقت خروجها من يد المنتج بقصد إعدادها لحاجة المستهلك وتوصيلها إليه ، وهو ما أشرنا اليه آنفا فى صدر هذا الكتاب وفى صدر هذا البند . ولا شك فى أن كثيرا من الأعمال التى ذكرها القانون تؤدى إلى تداول البضـائع والنقود ، كالتعهد بتوريد أشياء ، والتعهد بالمصنوعات ، والتعهد بالنقل فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى ، وعملية النقل المفردة فى القانون المصرى ، وعمليات الصرف ، وأعمال البنوك عامة . ولكن بجانب ذلك أيضا توجد أعمال تجارية لا يمكن تضمينها معنى التداول بأية حال من الأحوال . مثال ذلك : من يرتكب جنحة أثناء قيامه بعمل تجارى ، فان تعهده بالتعويض ومسئوليته عن الضرر الناشئ عن الجنحة يعتبران من الأعمال التجارية ، وتختص بهما المحاكم التجارية . ومن جهة أخرى توجد بعض أعمال يتجلى فيها معنى التداول ولكنها ليست معتبرة من الأعمال التجارية . مثال ذلك : عملية النقل المفردة ، أى التى تحصل عرضا من

---

(١) تالير وبرسيرو بند ٦ ، ٧ ، ١٤ ص ٤ — ٦ ، ١٣ — ١٥ وقد ذكر ليون كان ورينو بند ٢٠ ص ٢٧ أن الأعمال التجارية يغلب فيها أن تكون أعمال وساطة Actes d'entremise ولكنهما لم يبديا هذا كرأى يتمسكان به لأنهما فى الجملة التى قبلها قررا أنه لا توجد صفة عامة مشتركة بين الأعمال التجارية . ولو أنهما أرادا ذلك لكانا أقرب إلى رأى تالير فى التداول إذ ما التداول وما الوساطة ؟ (قارن مع ذلك ملش ص ٤٨ وهو يظن أن هذا مذهب ثالث خاص بليون كان ورينو) .

شخص غير متعهد بالنقل أو محترف به ، فانها لا تعتبر عملا تجاريا فى فرنسا على نقيضها فى مصر .

هاتان هما النظريتان اللتان أدلى بهما لتكونا ضابطا لتمييز العمل التجارى من غيره . وقد رأينا أن كلا منهما صحيحة بالنسبة لبعض الأعمال التجارية دون البعض الآخر ، وأن بعض الأعمال المدنية تشترك مع الأعمال التجارية فيهما . وينتج من ذلك أن كلا منهما على حدة ، وكلتيهما مجتمعتين ، لا تكفيان فى تمييز الأعمال التجارية من غيرها .

٥٣ — صعوبة إيجاد رابطة عامة ووجوب الاعتماد على التجارب وروح التجارة — ولذلك لم يجد كثير[1] من الكتاب فائدة من البحث عن رابطة أو صفة مشتركة تجمع الأعمال التجارية ، وقرروا أنه من الصعب إيجادها سواء بالنظر إلى ترتيب ورود تلك الأعمال فى القانون ، أو من طريق المقارنة والمقاربة بينها ، لأن المشرع كان خالى الذهن من أية فكرة عامة أو قاعدة ثابتة يرجع اليها فى تعداده . لذلك تجد أن بعض الأعمال المتشابهة فى طبيعتها يفرق بينها المشرع ، فيعتبر بعضها مدنيا والبعض تجاريا ، كما هى الحال فى الكمبيالة والسند تحت الاذن ، فالأولى تجارية دائما وفى كل الأحوال ، والثانى تجارى فى أحوال وبشروط خاصة . ثم إن العمل الواحد تجد المشرع تارة يعتبره تجاريا وطورا يعتبره مدنيا ، إما بحسب نية الشخص القائم به ، كالشراء بقصد البيع أو بدونه ، وإما بحسب تكراره أو عدم تكراره ، كما هى الحال فى عقد النقل فى فرنسا وفى المقاولات . أضف الى ذلك أن كثيرا من الأعمال التجارية إنما اعتبرت كذلك لأن التقاليد والعادات التجارية

---

(١) ليون كان ورينو بند ٢٠ ص ٢٧ ، شيرون بند ١١ ص ١٢ — ١٣ ، برنارد صقيل ص ١٤٩

جرت على اعتبارها تجارية ، وأن كثيرا منها إنما اعتبر تجاريا لأن المصلحة قضت بإخراجه من دائرة عمل القواعد المدنية البطيئة وإخضاعه لقواعد القانون التجارى السريعة .

فكيف بإزاء كل هذا يمكن القول بأن هناك قاعدة واحدة أو فكرة عامة تميز بها الأعمال التجارية من المدنية ؟

روح التجارة — يخيل إلينا أن كل ما يمكن أن يقال فى هذا الموضوع هو أن التجارة لها روح تعرف بها ومعنى ينصرف اليه الذهن ، كلما سمع الانسان أو رأى لفظ تجارة أو تاجر أو عمل تجارى ، وإن لم يتخذ هذا المعنى صورة معينة فى كل الأحوال ، كما أن كثيرا من المهن تترك هذا الأثر المجمل فى الذهن وترتسم فيه بصور شتى . فاذا سئلت عن الطب مثلا اتجه فكرى الى مكافحة الأمراض فى الانسان والحيوان ، ومع ذلك فلسبب ما لا ينصرف ذهنى الى مكافحة الأمراض والأوبئة فى النبات ، لأنى بالخبرة وطبقا للتقاليد والأوضاع المعروفة أعرف أن طب النبات يعرف باسم آخر. وإذا تحدد معنى الطب فى ذهنى فهو يتخذ صورا شتى، بجراحة، أو طب باطنى، ان لم أتصور الشعوذة أيضا . وبهذه الروح يهتدى القاضى ويسترشد الفقيه فى تعرف الأعمال التجارية وتمييزها من غيرها . وخبرة كل منهما وسعة اطلاعه وبحثه وإلمامه بالعادات والتقاليد التجارية وأساليب التجارة خير معين له فى الوصول إلى ما يريد (١) .

(١) قارن شيرون المشار اليه فى الهامش السابق . ونلاحظ أن هذا الرأى قد يختلط برأى مفرد قال به بلاى وأشار اليه تالير وبرسيرو ص ٩ ، وملخصه أن القاضى يجب أن يعتمد فى تعرف العمل التجارى من غيره على وحى العقل Les indications de la raison. والعقل كما يقول تالير لا يمكن أن يكون مقياسا دقيقا . ولكن اذا أخذنا هذا الرأى على هدى الاعتبارات العملية التى أشرت اليها فى الشرح فكيف لا نقبله ؟

٥٤ — ثالثا — أقسام الأعمال التجارية وشرحها ، تقسيم وتعريف — تنقسم الأعمال التجارية مبدئيا الى نوعين : أحدهما يشمل : (أ) الأعمال التجارية البرية Acte de commerce terrestre ، ونص عليها في الفقرات التسع الأولى من المادة ٢ ت ا وفي المواد ٢ ، ٥ ، ٦ ، ٨ ت م . ويقابل هذه المواد في القانون الفرنسي المواد ٦٣٢ ، ٦٣٤ ، ٦٣٥ ، ٦٣٨ ت ف . ويشمل النوع الثاني (ب) الأعمال التجارية البحرية ، ونص عليها في الفقرات السبع الأخيرة من المادة ٢ ت أ والمادتين ٣ ، ٤ ت م وتقابلها في الفرنسي المادة ٦٣٣ ت ف .

والأعمال التجارية بنوعيها تنقسم الى ثلاثة أقسام فرعية وهي :

أولا — الأعمال التجارية بطبيعتها[1] Par leur nature أو لذاتها en eux-mêmes ، ويسميها بعضهم الأصلية principaux أو المطلقة Absolus — وهي تعتبر تجارية بغض النظر عن صفة القائمين بها ، أي سواء أصدرت من تاجر أم من غير تاجر . مثال ذلك : الشراء بقصد البيع فكل من يشتري شيئا بقصد بيعه ثانية يعتبر أنه قام بعمل تجاري . وكذلك من يتعهد بتوريد أشياء للغير يعتبر تعهده عملا تجاريا ، ولا عبرة بكون المشتري أو المتعهد في الحالتين غير تاجر ، كما لا عبرة بصفة من اشترى منه أو تعهد له أيضا .

ثانيا — الأعمال التجارية بالتبعية[2] Par accessoire وبعضهم يسميها التبعية Accessoires بدون الباء ، أو النسبية Rélatifs — وهي التي لا تعتبر تجارية إلا تبعا لصفة القائمين بها على الرأي الصحيح ، أو تبعا لصفة العمل

---

(١) تالير وبرسيرو بند ١٠ ص ٩ — ١٠ ، ليون كان ورينو بند ١٩ وبند ٣٨

(٢) تالير وبرسيرو بند ١٠ ص ٩ — ١٠ ، ليون كان ورينو بند ٩ وبند ٣٨

الذى تتبعه على رأى لا نرجحه كما سنرى فيما بعد (بند ٩٨) . مثال ذلك : شراء التاجر عربة لينقل فيها بضائعه الى مخازنه أو الى عملائه واستخدامه عاملا لمساعدته فى تجارته ، وتوكيله محاميا عنه فى قضاياه التجارية . فهذه الأعمال فى الواقع أعمال مدنية بطبيعتها ، إذ ليس فيها معنى من معانى التجارة كالمضاربة أو التداول أو غيرهما . ولكنها اعتبرت تجارية لكونها إنما تقع من التاجر بمناسبة تجارته وتبعا لها .

ثالثا — الأعمال التجارية المختلطة[1] Mixtes — وهى التى تعتبر تجارية من جانب أحد المتعاقدين ومدنية من جانب الآخر . مثال ذلك : عقد العمولة فانه يعتبر تجاريا بالنسبة لأمير العمولة (الوكيل بالعمولة) ومدنيا بالنسبة للآمر (الموكل) الا اذا كان الآمر تاجرا وأمر بالعمل بسبب يتعلق بتجارته . ومثاله أيضا : الحساب الجارى فى بنك فهو عمل تجارى من جانب البنك ، أما من جانب من فتح له الحساب فهو مدنى اذا كان موظفا مثلا أو ، على العموم ، اذا لم يكن تاجرا والحساب يتعلق بتجارته . ومثاله أيضا : شراء الشخص من محل تجارى شيئا لاستعماله الخاص فهو عمل مدنى بالنسبة للشترى وتجارى بالنسبة للمحل .

٥٥ — وعلى هدى هذا التقسيم يمكننا أن نشرع فى بيان الأعمال التى تدخل فى كل قسم من الأقسام المتقدمة ، مع ملاحظة أننا لن نتعرض لشرح الأعمال التجارية البحرية الا بايجاز تام ، وبعد شرح الأعمال البرية بالتفصيل ، لأن هذه الأخيرة من صلب المقرر ، ولأن هذا الكتاب مقصور

---

(١) شيرون ص ٣ بند ١٢ ، ص ٢٥ بند ٤١ — ٤٢ وحكم الاستئناف الأهلى ١٩٠٣/١/١٣ ح ١٨ ص ١٨ ، س م ١٨٧٧/١٢/١٤ بوريللى ٢٠٣ ، تع ١٢/٢/٢٠

على قانون التجارة البرى [1] . وأما تعرضنا للاعمال البحرية ولو بايجاز فليس له من سبب إلا مجرد كونهـا ذكرت إجمالا مع الأعمال التجارية البرية فى القانون التجارى البرى .

(ا) الأعمـال التجارية البرية

أولا — الأعمال التجارية بطبيعتها

٥٦ — لم يسر المشرع على وتيرة واحدة ولا منوال واحد فى التعبير عن الأعمـال التجارية بطبيعتها . ويكفى أن نلقى نظرة على الفقرات المختلفة للـادة ٢/٢ ت ا م وعلى ما استعمل فيها من التعبيرات فى مختلف المواضع لنفهم أنه كان متأثرا بعوامل شتى فى تقرير تجارية كل من الأعمال المذكورة أو، بعبارة أخرى، أنه كان يشترط شروطا مختلفة لاعتبارها كذلك ، عوامل وشروط لم يذكرها صراحة، ولكنها تظهر جليا من مغايرة التعبير بين آن وآخر.

فتارة يفهم منه أنه يشترط فى اعتبار العمل تجاريا صدوره وتكراره من القائم به بشكل منتظم يدل على معنى الاحتراف والمهنة ، كما هى الحال فى مقاولات البناء ومكاتب الأشغال والوكلاء ومحال المزايدة والملاعب العمومية والتعهد بتوريد أشياء ، اذ عبر فيهـا جميعا بقوله يعتبر عملا تجاريا "كل مقاولة" أو "كل تعهد" "Toute entreprise" . فدل بذلك على أن العملية الواحدة أو العمل الواحد فى الأحوال المذكورة لا يكفى ، وان تكرر بشكل غير منتظم من نفس الشخص، ليعتبر عملا تجاريا أو ليجعل القائم به تاجرا .

وطورا نراه يكتفى بالعمل المفرد أو العملية الواحدة وان لم تتكرر، كما هى الحال فى الشراء بقصد البيع، وفى العمليات المتعلقة بالصرف والسمسرة وأعمال

(١) انظر بند ٨ آنفا .

البنوك . ولذلك عبر عن كل منها بقوله " كل شراء " "Tout achat" أو " كل عمل " "Toute opération" (١)

ويرى بعض الكتاب أن هناك بعض أعمال تجارية اعتبرت كذلك لمجرد شكلها En vertu de la forme مثل الكمبيالات (٢)، وهى أيضا من قبيل الأعمال التى تعتبر العملية الواحدة منها تجارية ، ومثل الشركات المدنية التى تتخذ شكل المساهمة فى القانون الفرنسى .

تجارة البضائع وتجارة النقود — والأعمال التجارية بطبيعتها إما أن تكون خاصة بالتجارة فى العروض والبضائع ، أو بالتجارة فى النقود أو مايقوم مقامها من الأوراق . وعلى هدى هذه الملاحظة الأخيرة يمكننا أن نقسم الكلام على الأعمال التجارية بطبيعتها الى مبحثين : أحدهما خاص بالأعمال التجارية الخاصة بالبضائع ، والآخر خاص بتلك التى تتعلق بالنقود .

المبحث الأول

الأعمال الخاصة بتجارة البضائع

Commerce de marchandises

٥٧ — ذكر المشرع ثلاثة أعمال من الأعمال الخاصة بتجارة البضائع وهى :

(١) الشراء بقصد البيع أو التأجير Achat pour revendre ou louer ، ويقرب من ذلك التعهد بالتوريد Entreprise de fournitures .

---

(١) تالر وبرسيرو ص ١٥ ومن رأيهما استبعاد الأعمال العرضية المفردة من دائرة القانون التجارى الذى يجب قصره فى نظرهما على المحترفين بالتجارة .

(٢) المرجع السابق بند ١١ص ١٠ — ١٣ ، ماسيه ص ١٧

(٢) التعهد بمصنوعات Entreprise de manufacture ، ويقرب من ذلك التعهد بانشاء مبان Entr. de construction ومقاولات الأشغال Entr. de travaux .

(٣) التعهد بالنقل برا أو بحرا Entr. de transport par terre ou eau.

١ — الشراء بقصد البيع أو التأجير

٥٨ — قضت المادة ٢/٢ ت ا م فقرة أولى بأنه يعتبر تجاريا "كل شراء غلال أو غيرها من أنواع المأكولات أو البضائع لأجل بيعها بعينها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى أو لأجل تأجيرها للاستعمال" .

ويجب أن نلفت النظر قبل شرح هذه المادة الى حقيقتين لن نعود اليهما وهما :

أولا — انها لا تفرق بين الشراء بقصد البيع والشراء بقصد التأجير . كلاهما يعتبر عملا تجاريا اذا توافرت فيه الشروط التى سنذكرها فيما يلى . وقول المادة التأجير للاستعمال حشو أو بالأحرى من لغو الكلام ، لأن التأجير يقع دائما على المنفعة ، أى منفعة الشيء المستأجر، ولا يقع على عينه . والتعبير الفرنسى أدق لأنه عبر بقوله Pour en louer l'usage التى كان يجب أن تترجم بعبارة "لأجل تأجير منفعته" .

ثانيا — ان المادة لاتفرق أيضا بين كون المشترى يقصد بيع ما اشتراه بعينه En nature ، أى بهيئته التى اشتراه بها ، وبين كونه يقصد بيعه بعد تهيئته بهيئة أخرى ، أى بعد تحويله بالصناعة الى شيء آخر . على أننا نلاحظ أنه اذا قام بتحويله قبل بيعه فان عمله يدخل فى عداد الأعمال المتعلقة بالمصنوعات

أيضا، ولذلك يعتبر تجاريا من ناحيتين: أولا — لأنه شراء بقصد البيع أو التأجير، وثانيا — لأنه عمل متعلق بالمصنوعات. و بما أن كلامنا هنا مقصور على الشراء بقصد البيع أو التأجير فسنرجئ الكلام على تحويل الأشياء المشتراة الى هيئة أخرى الى حين الكلام على التعهد بالمصنوعات لأن ذلك أنسب.

و بملاحظة ما تقدم يمكننا أن نشرع فى شرح المادة المذكورة. و يؤخذ منها أنها تتطلب توافر ثلاثة شروط مجتمعة ليعتبر الشراء بقصد البيع أو التأجير عملا تجاريا، بحيث لو اختل شرط منها زالت عنه هذه الصفة. وهذه الشروط هى:

(١) أن يكون هنالك شراء.

(٢) أن يكون المشترى غلالا أو غيرها من أنواع المأكولات أو البضائع.

(٣) أن يكون الشراء بقصد البيع أو التأجير.

٥٩ — (١) الشراء — معنى الشراء فى القانون اقتناء الشىء بثمن نقدى متفق عليه بين البائع والمشترى. ولكن هنا يجب أن يفهم بمعنى أوسع يشمل كل اقتناء للشىء بعوض، سواء أكان العوض نقدا أم عينا[1]. وعلى ذلك يدخل فى معنى الشراء المقصود هنا المقايضة Troc, echange، أى مبادلة الأعيان المالية بعضها ببعض، ما دامت واقعة على بضائع أو منقولات، وما دام القصد هو بيع البدل أو تأجيره. بل إن الكتاب والمحاكم[2] ذهبوا الى

(١) شيرون ص ١٣ بند ١٣، ليون كان ورينو بند ٢٢ ص ٢٩

(٢) س م ٤/٤/١٩٠٦ ج ت ٢ م ١٨ ص ١٨١ وكان فى رجل قد استأجر مسرحا وأجر من باطنه لآخر مقصف المسرح وأثاثه وتعهد بتقديم المشروبات و بالخدمة. فاعتبرت المحكمة العمل تجاريا بالنسبة للمستأجر الأصلى وللمستأجر من الباطن، لأن الغرض منه المضاربة على الفرق بين النفقات والربح، انظر أيضا س م ٢٩/٣/١٩١١ ج ت م ٢٣ ص ٢٤٢ وكان فى عقد أجر بمقتضاه شخص لآخر مصنعا وتعهد بتقديم المواد الأولية والفحم اللازم للوقود وتعهد الآخر بادارة المصنع واستحضار العمال وصنع المواد.

أبعد من ذلك ، واعتبروا أن استئجار الاشياء بقصد إعادة تأجيرها من الباطن بربح هو شراء بالمعنى المقصود هنا . وعلى ذلك فمحال تأجير الملابس للحفلات أو الخيول أو الدراجات للركوب أو مكاتب الاستعارة أى استعارة الكتب تقوم بأعمال تجارية .

٦٠ — (٢) موضوع الشراء — يجب أن يكون موضوع الشراء غلالا أو غيرها من أنواع المأكولات Denrées أو البضائع Marchandises وقد فسر المشرع المقصود بالغلال فى قوله "أو غيرها من أنواع المأكولات". فهى كما تشمل الحبوب تشمل اللحوم والخضروات والفواكه وأنواع البقالة المختلفة ، وكما تشمل غذاء الإنسان تشمل غذاء الحيوان ، كالتبن والدريس والبرسيم والشعير وغير ذلك من أنواع العلف الذى يقدم له . أما البضائع فيقصد بها جميع أنواع المأكولات الأخرى . ولا شك أن المأكولات نوع من البضائع ، ولم يكن هناك مبرر لأن يخصها المشرع بالذكر قبل التعميم الذى أتى به فى لفظ البضائع . ولو أنه عبر بقوله " كل شراء منقولات " لكان أبلغ ، إذ أن التجارة مقصورة على التعامل فيها أى فى المنقولات .

المنقولات الحسية والمعنوية — وإذا كانت التجارة مقصورة على التعامل فى المنقولات فلا فرق بين المنقولات الحسية والمعنوية . وعلى ذلك يعتبر شراء الأوراق المالية والتجارية ، كسندات الديون العامة وأسهم الشركات(١)

(١) س م ١٧/١/٨٧٨ بوريللى ٢٠٣ ، ٢١/٣/٩٠٩ مج ت م ٢٦ ص ٢٦٤ وكان فى شراء غير تاجر لأسهم شركة تجارية . ويلاحظ عدم الخلط بين شراء الأوراق المالية بقصد بيعها وبين شرائها بقصد الاستثمار Pour les mettre en portefeuille أى للحصول على أرباحها الدورية أو السنوية . وفى هذه الحالة الأخيرة يعتبر الشراء مدنيا لا فرق بين أن يكون مشتريها تاجرا أو غير تاجر س م ٤/٢/٩١٤ ج ٤/٨٧ — ٢١٨ ، ولا بين أن يكون البائع تاجرا أم لا س م ٦/٥/١٨٩٦ مج ت م ٨ ص ٢٧٤ — كما لا يجوز الخلط بين شراء أسهم وسندات الشركات وبين الاكتتاب فيها ، فان لذلك شأنا آخر سنعرفه عند الكلام على تجارية الشركات (بند ٨٨) وقارن س م ١٧/٥/٩٢٧ مج ت م ٣٩ ص ٤٨١

وسنداتها وسندات الديون الفردية، عملا تجاريا فى حكم هذه المادة ما دام القصد من شرائها هو بيعها والمضاربة على فرق الثمن . ومثلها عملية التأجيل أو النقل فى البورصة Report [١].

حقوق الملكية الصناعية والفنية — ومثلها تماما حقوق الملكية الصناعية والفنية كحق الاختراع وعلامات الفوريقات وماركات التجارة والرسوم والنماذج وغيرها . وكذلك شراء المحل التجارى بقصد بيعه يعتبر عملا تجاريا[٢] . أما استغلال صاحب الحق التجارى أو الصناعى حقه بنفسه فيعتبر عملا تجاريا لسبب آخر، لأنه فى الغالب من الأعمال التابعة لتجارة التاجر أو المتعلقة بها ، وسواء فى ذلك أكان صاحب الاختراع أو الرسم أو النموذج هو الذى اخترعه أو أنشأه ، أم حصل عليه ليستغله بتجارته [٣] .

حقوق الملكية الأدبية — أما حقوق الملكية الأدبية كحق الطبع فالحكم يختلف باختلاف ما إذا نظرنا اليها من جانب المؤلف أو من جانب الطابع أو الناشر أو من يشترى حق الطبع على العموم .

أما من جهة المؤلف فان عمله مدنى دائما سواء أقام بطبع كتابه على نفقته وبيعه على حسابه للجمهور ، أم تركه لناشر ليطبعه ويبيعه على نفقة الناشر وحسابه مع إعطاء المؤلف نسبة معينة من الأرباح، أم باع حق الطبع للناشر

---

(١) س م ٥/٣/٩٢٤ مج تم ٣٦ ص ٢٥١ ولو حصلت بدون واسطة سمسار ، وكذلك كل عمليات بيع وشراء الأوراق فى البورصة بقصد المضاربة سواء فى ذلك العمليات الآجلة أو العاجلة (الدوائر المجتمعة ٤/٢/٩٢٥ مج تم ٢٧ ص ٢٠٩) .

(٢) مصر المختلطة ٣/٦/٩١١ ج ١ ص ١٣٢

(٣) ويلاحظ أن مجرد بيع صاحب الاختراع أو منشئ العلامة أو الرسم حق ملكيتها لا يعتبر عملا تجاريا من جانبه شأنه فى ذلك شأن المؤلف الذى سيأتى الكلام عليه فى الشرح (انظر نفس هذه الصفحة) .

أو لأى شخص آخر. ففى كل هذه الأحوال لا يبيع المؤلف شيئا اشتراه. وإنما يبيع ثمرة قريحته ومواهبه الطبيعية أو المكتسبة بالبحث والدرس . نعم إنه فى حالة قيامه بطبع كتابه على نفقته يشترى الحبر والورق والأدوات اللازمة . وهذه الأشياء تباع تبعا للكتاب ، ولكنها ليست مقصودة بالبيع ، وإنما المقصود هو بيع الأفكار التى تكتب بالحبر على الورق، والاستفادة أدبيا أولا، وماديا ثانيا من عرضها . فشراؤه للورق وغيره وبيعه بالتالى ، وان كان فى الأصل من نوع العمليات التجارية، إلا أنه يصبح مدنيا لالتحاقه بعمل مدنى هو الأصل وهو المقصود بالذات .

أما من جهة صاحب المطبعة فتعهده بطبع الكتاب يعتبر تعهدا بالمصنوعات ، ومطبعته تعتبر مصنعا ، وعمله يعتبر تجاريا لهذا السبب ، لا لأنه شراء بقصد البيع إلا إذا كان اشترى من المؤلف حق الطبع .

أما من جهة الناشر أو من يشترى حق الطبع على العموم فعمل كل منهما كعمل الوسيط الذى يقرب بين المنتج والمستهلك لأنهما يضاربان بالفرق بين نفقة طبع الكتاب والإعلان عنه وحفظه فى المخازن وبين ثمن بيعه للجمهور بعد طبعه . ومثله أيضا صاحب المكتبة Libraire الذى يشترى الكتب[1] بعد ظهورها و بيعها، لأنها فى هذه الحالة تصبح منقولا ككل المنقولات، وعمله فى شرائها و بيعها يعتبر عملا تجاريا . ولكن ما الحكم اذا كان الكتبى لا يشترى الكتب ، ولكن يقبلها عنده وديعة لبيعها لصاحبها فى مقابل عمولة؟ الظاهر أن عمله يعتبر تجاريا باعتباره أميرا بالعمولة .

الجرائد — وما يقال فى المؤلف يقال بوجه عام فى الجرائد التى يكون الغرض منها النشر عن مذهب سياسى أو اجتماعى . فإذا كان صاحب الجريدة

(١) تالر و برسيرو بند ٢٢ ص ١٩ — ٢٠ والهامش على الصفحة الأخيرة .

ومؤسسها هو الذى يقوم بطبعها على نفقته سواء فى مطبعة خاصة به أو عند صاحب مطبعة مستقل ، وإذا كان هو الذى يكتب مقالاتها أو يقبلها من غيره على أن يكون نشرها تحت إشرافه ومراقبته محتفظا بحق رفضها أو تعديلها وتحويرها ، فان عمله يكون مدنيا بحتا . ولا يؤثر فى ذلك أن الجريدة تقبل نشر إعلانات تجارية أو قضائية أو غيرها بجانب عملها الأصلى[١] . أما اذا كان الغرض الأصلى من الجريدة تجاريا ، بأن تكون أنشئت لنشر الإعلانات والأخبار ،[٢] فان عملها فى ذلك يعتبر تجاريا ، حتى ولو كانت تظهر فيها من آن لآخر مقالات أدبية أو اجتماعية أو غيرها . وهذا هو رأى القضاء فى كل من فرنسا ومصر[٣] .

لاعبرة بكمية المشترى أو مقدار الربح — سواء أكان موضوع الشراء منقولات مادية أم معنوية فلا أهمية لكمية المشترى أو لقيمته . فالمشترى بالجملة أو بالقطاعى ، والبائع ذو المحل والبائع المتجول والمتسبب ، كل هؤلاء يقومون بأعمال تجارية مادام قصدهم من الشراء البيع أو التأجير . ولا أهمية أيضا لقيمة الربح الذى يحصلون عليه . فبائع الجرائد الذى يوزعها فى الطرق أو متعهد بيعها يعمل عملا تجاريا ولو كان ما يصيبه من الفائدة مليم مثلا

(١) س م ٧/١/٩١٣ ج ١١ ص ٦٣ نمرة ٨٧ ، وانظر ذهنى بك هامش ٣ ص ٤٦ — ٤٧

(٢) محكمة روان ٢/٢/١٨٩٨ سيرى ٩٨/٢/١٠٤

(٣) ويرى بعض الكتاب ومعهم بعض الأحكام اعتبار نشر الجريدة عملا تجاريا ولو كان الغرض منها سياسيا أو اجتماعيا اذا استأجر صاحبها هيئة خاصة للتحرير أو كان أصحابها يطلبون من الغير الكتابة فيها ويتقدونهم عليها أجرا ، لأن فى ذلك مضاربة بفرق النفقة وربح الجريدة على رأى البعض ، أو توسطا فى تداول الأفكار بين المحررين والجمهور فى مقابل أجر على رأى البعض الآخر (انظر لاكورص ٢٩ بند ٣٤ ، تالير بند ٢٢ س ٢١ ، محكمة مصر التجارية ٤/١٢/١٩١١ ج أ ص ١٤٤) .

عن كل جريدة، وسواء فى ذلك أكان ما يتبقى معه من الجرائد يحسب عليه أو يرد لصاحب الجريدة . ولكن اذا تبين أن بائع الجرائد يوزعها لحساب الجريدة فى مقابل أجر أو نسبة مما وزعه فإنه يصبح تابعا ولا يعتبر تاجرا ولا يعتبر عمله تجاريا .

٦١ — العقارات — هل يعتبر شراء العقارات بقصد بيعها أو تأجيرها عملا تجاريا ؟ إن المادة ٢/٢ ت ا م والمادة ٦٣٢ ت ف لم تذكرا غير المأكولات والبضائع وسكتتا عن العقارات . ولذلك اختلف الكتاب فيما بينهم واختلف القضاء معهم فى هذا الموضوع . فمنهم من يرى أن شراء العقار أو استئجاره بقصد بيعه أو تأجيره يعتبر عملا تجاريا ، خصوصا وأن مضاربات قوية تحصل الآن فى العقارات سواء من جانب الأفراد أو من جانب الشركات ، كما هى الحال فى مصر حيث توجد شركات كثيرة تشترى الأطيان البور بأثمان اسمية من الحكومة، وتقوم بتقسيمها و بيعها للأهالى بمئات أضعاف ثمنها ، وبأساليب يندر معها أن يفى المشترى بالثمن ، فتعود الأرض الى الشركة وتبيعها مرة ثانية وثالثة بنفس الطريقة . و يوجد من الأفراد من يشتغل بشراء العقارات بالجملة و بيعها بالقطاعى ، مضاربا بفرق الثمن ، ويسمونهم فى فرنسا Marchands des bians . وحجة هؤلاء أن المشرع لم يصرح بعدم اعتبار شراء العقار بقصد بيعه عملا تجاريا . ولو كان يريد ذلك لصرح به كما صرح بعدم اعتبار بيع أصحاب الأراضى لمحصولاتهم عملا تجاريا (٣ ت ا ، ٦٣٨ فقرة ا ت ف) . ثم إن عملية شراء العقار بقصد بيعه لا تختلف فى طبيعتها عن عملية شراء المنقول ، فيجب إعطاؤها حكم هذه الأخيرة لتكون المعاملات التى طبيعتها واحدة خاضعة لحكم واحد . ويتغالى هذا الفريق فى برهانه فيقول إنه لا يوجد ما يبرر تفسير لفظ بضائع بأنه لا ينصرف إلا الى المنقولات دون غيرها من الأموال الثابتة ،

خصوصا وأن العقارات التى تحصل المضاربة فيها تنتهى بأن تسعر فى السوق، ويصبح سعرها خاضعا لتقلباته ، وذلك مما يقربها من البضائع ، أو يجعل منها سلعا حقيقية ، فيجب أن تفهم البضائع بمعنى واسع غير معناها العادى أى بمعنى أنها تشمل المنقول والعقار[١] .

على أن هذا الرأى لم يثبت ، وعارضه عدد كبير من الكتاب ، ومنهم من يظل يعارضه ما دام التشريع بوضعه الحالى ولكنه ينتقد التشريع نفسه لجموده على هذه الحال . ومهما قيل من جهة الرغبة فى إخضاع المضاربات العقارية لقواعد القانون التجارى فان نصوص القانون الحالية لاتتسع لاعتبار تلك المضاربات أعمالا تجارية. لأن سكوت المشرع عن النص صراحة على عدم اعتبارها تجارية ليس معناه أنه لا يمانع فى اعتبارها كذلك، بل بالعكس يجب أن يفسر على أنه لا يقر هذا الاعتبار . ولو أراد إقراره لذكر العقارات صراحة كما ذكر الغلال والبضائع. واذا كان لنا أن نستند الى تاريخ التشريع التجارى الفرنسى باعتبار أنه أصل التشريع المصرى ، فان أقوال واضعى القانون الفرنسى والظروف التى أحاطت بوضعه لا تدع مجالا للشك فى أن المشرع كان ذهنه منصرفا الى قصر المعاملات التجارية على المنقول دون العقار . فقد كانت حركة المضاربة العقارية على أشدها فى ذلك الوقت نظرا لكثرة المهاجرين الفرنسيين وكثرة المعروض من أملاكهم للبيع ، وكان هذا كافيا للفت نظر المشرع الى التصريح بتجارية المضاربة فى العقار . ولكنه لم يفعل . ثم ان نصوص القانون التجارى فى مواطن

---

(١) وأنصار هذا الرأى هم أميل أوليفيير فى المجلة العملية للقانون الفرنسى ١٨٥٦ ص ٢٤١ وجارسونيه فى مجلة التشريع الانتقادية ١٨٦٩ ص ٣٢٥ وجورج دريفوس فى رسالة بعنوان " استبعاد العقارات من نطاق القانون التجارى " ١٩٠٥ ، وقد أخذ برأيهم بعض المحاكم مثل ايكس ١٨٨١/٧/٢٣ سيرى ١٨٨٣/٢/٣٥

عدة ، وعلى الخصوص فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية ، تدل على أن النظام التجارى مبناه التعامل فى المنقولات . أضف الى ذلك أن القول بتجارية شراء العقار بقصد بيعه أو تأجيره يؤدى الى اعتبار عدد كبير من سكان المدن من التجار ، كما أنه يؤدى الى اثبات المعاملات العقارية بالطرق التجارية ، وهو ما يتنافى مع النظام العام فى المسائل العقارية . لأن التصرفات العقارية تخضع لقيود كثيرة كتابية بعضها رسمى وبعضها غير رسمى ، ولا يمكن هذا الا بتغيير التشريع العقارى أو القانون التجارى . هذا فضلا عن أن القول بأن العقار يمكن اعتباره من البضائع التى نص عليها القانون التجارى فيه تحميل اللفظ ما لا يحتمل[1] .

رأى القضاء المصرى فى المضاربة فى العقارات — وهذا الرأى الأخير هو الذى يؤيده القضاء فى مصر من أهلى ومختلط[2] . وهو أيضا رأى القضاء الفرنسى[3] إلا أننا نلاحظ أن الحالة فى فرنسا تغيرت أو بدأت تتغير فى السنوات الأخيرة من القرن الماضى نظرا لتنبه الشعور فيها الى خطر المضاربات العقارية ، وعلى الخصوص اذا حصلت هذه المضاربات من شركات قوية ، وبالأخص اذا اتخذت تلك الشركات شكل مساهمة .

---

(١) ليون كان ورينو ص ٢٩ — ٣٠ ، وهما يميلان الى انتقاد التشريع الحالى ، ولكنهما يقولان بأنه فى وضعه القائم لا يجيز اعتبار المضاربة العقارية عملا تجاريا (رينو المطول جزء ١ ص ١١٩) ، تالير وبرسيرو بند ٢٣ ص ٢١ — ٢٢

(٢) س م ٢٨ / ٣ / ١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ١٧٩ ، س ٢١ / ١٢ / ١٩٠٥ ح ٢١ ص ٩

(٣) نقض فرنسى ٤ / ٦ / ١٨٥٠ د ١٨٥٠ / ١ / ١٦٣ ، ١٨ / ٤ / ١٨٨٢ سيرى ١٨٨٢ / ١ / ٤٠٧ ؛ استئناف باريس ١٥ / ٢ / ٨٦٨ د ١٨٦٨ / ٢ / ٢٠٨ ، ليون ١٠ / ٧ / ١٩٠١ د ١٩٠١ / ١ / ٢ / ٣٤٧

وكان النذير الأول لتنبه الشعور الى هذا الخطر فضيحة شركة قناة بنما التى ترتب عليها أن أراد المشرع أن يحمى الجمهور دون الشركة ، فسن قانون ١٨٩٣/٨/١ الذى قرر فيه أن جميع الشركات المدنية التى تتخذ شكل مساهمة تعتبر شركات تجارية ، وبذلك تخضع لقواعد واجراءات الافلاس . ونلاحظ على هذا القانون أنه لم يقل إن المضاربة فى العقار تعتبر عقارية ، بل بالعكس اعترف بمدنيتها . وانما جعلها تجارية من جهة الشكل فقط اذا حصلت من شركة مساهمة ، أما اذا لم تكن الشركة بشكل مساهمة ، أو اذا وقعت المضاربة فى العقار من الأفراد ، فان العمل يظل مدنيا . وتلا هذا القانون قانون آخر خطا خطوة أخرى فى هذا الاتجاه وهو الخاص باستغلال المناجم Mines فى ١٩١٩/٩/٩ ونص على أن كل عمل متعلق باستغلال المناجم يعتبر عملا تجاريا . ولكنه لم ينص على استغلال المحاجر Carrières ولذلك لا يزال القضاء يعتبرها أعمالا مدنية [1] .

أما فى مصر فلم تصدر بعد مثل هذه القوانين ، ولا يزال القضاء يعتبرها مدنية بحتة سواء أتعلقت بالأراضى الزراعية أم بالأبنية والمنازل أم بالمناجم والمحاجر ، اذ ليس له أن يطبق قانونا فرنسيا لم يصدر مثله فى مصر [2] . وقد كنا أحوج الناس الى مثل هذه القوانين ، وعلى الخصوص بالنسبة لشركات المساهمة العقارية التى أحاطت بها الفضائح فى وقت من الأوقات ، كبعض

---

(١) ذهنى بند ٤٩ — ص ٤٨ — ٥٠ ، وملش وقال بند ٥٤ ص ٥٥

(٢) س م ١٤ / ٦ / ١٩١١ مج ت م ٢٣ ص ٣٦٣ ومذكراتنا فى القانون التجارى ١٩٣١ عكس ذهنى بند ٥١ ص ٥٠ — ٥١ الذى يرى أن القوانين الفرنسية جاءت مثبتة لحالة سابقة لا منشئة لها ، ويرى استنادا إلى ذلك ، ولأن كثيرا من الشرائع الأجنبية قد أخذت بمبدأ تجارية المضاربات العقارية أن يعتبر الشركات العقارية فى مصر تجارية بدون حاجة الى نص . فكأنه يرى الاستئناس بالقوانين الفرنسية وغيرها على أنها تفسير أو دليل على الروح التى يجب أن يطبق بها القانون على الشركات العقارية فى مصر . وكان الأولى أن يكون هذا دليلا على الروح التى يجب أن يتأثر بها المشرع فى مصر . وعلى كل حال فالمحاكم لا ترى رأيه .

الشركات الوهمية التى تكونت لتنمية بعض ضواحى القاهرة وكذلك التى لا تزال تستنفد أموال الجمهور على أساس المسئولية المدنية البحتة .

شراء الأراضى لاقامة مبان عليها وبيعها — يحدث كثيرا أن يشترى بعض الأفراد أو المقاولين زوائد التنظيم التى تتخلف من فتح الشوارع الجديدة مثلا، ويستغلونها بطريق اقامة مبان عليها لتأجيرها أو بيعها لكسب الفرق بين ثمن الشراء ونفقات البناء وبين ثمن البيع . فهل يعتبر مثل هذا العمل تجاريا ؟ الجواب على ذلك بالنفى حتما، لأن البناء يصبح فى هذه الحالة ملحقا بالأرض وعلى كل حال تصبح المواد التى وضعت فيه ثابتة كالأرض التى أقيم عليها. وعلى ذلك يعتبر هذا العمل مدنيا بحتا تطبيقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل[1] . ويرى بعضهم أن هذا الحكم ينطبق على حالة شراء منقولات أخرى لوضعها فى العقار بقصد امكان بيعه بقيمة أكبر كشراء مواش ووضعها فى المزرعة، أو تأثيث منزل أو عوامة . ويرى البعض الآخر أن قاعدة الفرع يتبع الأصل لا تطبيق لها فى هذه الحالة الأخيرة وأنها مقصورة على حالة مواد البناء التى تندمج فى العقار وتلحق بالأرض التى يقام عليها[2] .

وعلى كل حال يجب الحذر من الخلط بين هاتين الحالتين وحالة التعهد بانشاء مبان من جانب مقاول بناءً على تكليف من مالك الأرض اذا كان المقاول متعهدا فى الوقت نفسه باحضار المواد والأدوات ، وهو ما سيأتى الكلام عليه تبعا للكلام على المتعهد بالمصنوعات .

---

(١) تالير وبرسيرو ص ٢٢

(٢) فال وملش بند ٦٠ ص ٥٥

شراء أنقاض المبانى[1] وثمار الحدائق والمحصولات الزراعية وهى قائمة — الشراء فى كل هذه الأحوال يعتبر عملا تجاريا من غير شك ما دام الغرض منه بيع الشيء المشترى ، لأنه واقع على منقولات باعتبار ما سيؤول اليه أمرها ، لاعلى المنازل أو المبانى نفسها بصفتها هذه ولاعلى الثمار والمحصولات باعتبارها ملحقة بالأرض ، خصوصا وأن القاعدة العامة فى بيع الأراضى أنه لا يشمل ما يكون فيها من المحصولات التى نضجت[2] ولو كانت لا تزال على أشجارها ولا الشجيرات المعدة للنقل أو المغروسة فى مواعين (٢٨٧/٣٦٠ ، ٢٨٨/٣٦١ م ا م) .

وما يقال عن شراء أنقاض المبانى بقصد بيعها يقال عن شراء الأشجار الثابتة أو النخيل بقصد بيعه وقودا للنار أو غير ذلك للتشابه واتحاد العلة .

٦٢ — (٣) النية — يجب أن يكون الشراء أو الاستئجار بقصد البيع أو التأجير ، أى أن المعول عليه فى معرفة هل يعتبر الشراء أو الاستئجار عملا تجاريا أم لا ، هو نية المشترى . ويجب أن ينظر الى نيته وقت الشراء أو الاستئجار لا بعده . فان كانت نيته هى أن يبيع ما اشتراه أو استأجره أو يؤجره كان عمله تجاريا . ويكفى وجود هذه النية عنده فى ذلك الوقت ولو لم يحصل بيع أو تأجير فيما بعد لسبب طارئ ، كما لو كسدت السوق ولم يقبل أحد على بضاعته ، أو كما لو هلكت أو عنّ له أن يستبقيها لاستعماله الخاص بشرط ألا يكون استبقاؤها مقصودا وقت الشراء . ولا عبرة فى حالة بيعها بكونه حقق ربحا أم لحقته خسارة ، فهذا شأن التجارة .

---

(١) س م ٢٥ / ٢ / ١٩٢٦ مج ت م ٣٨ ص ٢٦٣

(٢) أحمد نجيب الهلالى بك بند ٥٦١ ص ٣٦١

أما اذا لم تتوافر عنده نية البيع وقت الشراء، كما لو اشترى شيئا لاستعماله الخاص، فلا يعتبر عمله تجاريا بل مدنيا . ويظل شراؤه فى هذه الحالة مدنيا ولو طرأ له فيما بعد أن يبيعه بمكسب ، كما لو ارتفعت قيمة الشيء بغتة ورأى فى ذلك فرصة يتحينها للكسب فباعه .

نية المضاربة ونية البيع — ويرى كثير من الكتاب من أصحاب نظرية المضاربة [1] على الخصوص أنه لا يكفى أن يكون لدى المشترى نية البيع مجردة ليكون شراؤه تجاريا ، بل يجب أن يكون قصد المضاربة والربح . وكون الحظ يخونه فيخسر بدلا من أن يكسب لا ينفى طبعا أنه قصد الربح. وأهمية هذا البحث تظهر فى أحوال كالآتية بلا حصر :

(ا) شراء شركات التعاون الاستهلاكية الغلال والبضائع لتوزيعها بثمنها على أعضائها .

(ب) شراء صاحب المدرسة[2] الكتب والأدوات اللازمة وتوزيعها على تلاميذه وكذلك اطعامهم أو اسكانهم فى المدرسة . ومثله الطبيب[3] الذى يعالج مرضاه فى مصحة يديرها بنفسه أو فى عيادته ويقدم لهم فيها ما يشتريه أو يحضره من الأدوية .

---

(١) ليون كان ورينو ص ٣١ / ٣٢ وانظر محكمة السين ٢ / ٣ / ١٩١٢ داللوز ١٩١٢/٢/٢٠٧ وكان بخصوص شراء نادى السياحة فى فرنسا أعمدة ولوحات وتسليمها للبلديات للاستعانة بها فى تنظيم الطرق .

(٢) محكمة مصر المختلطة ١٩١٢/١/٣٠ ج ١٧٤/٩٠/٣

(٣) لاكور بند ٦٠ ص ٤٥ . ويلاحظ أن الصيدلى ليس حكمه كحكم الطبيب ، لأنه اذا كان مستخدما عند صاحب الصيدلية فهو موظف أو عامل أو خادم وعمله مدنى من جهته . أما اذا كانت الصيدلية ملكه فان شراءه للادوية والعقاقير يعتبر تجاريا وان قام بتحضيرها بنفسه داللوز ١٩٠٥/١/١٣٩ وذهنى بند ٩٤ ص ١٠١

(ح) شراء المؤلف أوراقا وحبرا لطبع كتابه وبيعها تبعا له بعد طبعه ، وشراء الرسام ألوانا وقماشا وزيوتا للصور التى يرسمها . وشراء المثال أو الحفار الجبس أو الطين أو البرنز اللازم للتمثال الذى يصنعه ، وشراء الزارع الأوعية التى يبيع فيها محصوله .

(د) شراء الحكومة المحصولات التى تقوم عليها الثروة العامة أو محصولا من المحصولات الأساسية فى الدولة فى وقت الأزمات ، كتدخل الحكومة المصرية فى سوق القطن مشترية ثم بائعة فى السنوات الأخيرة .

فى كل هذه الأحوال لا يرى أصحاب نظرية المضاربة أعمالا تجارية بل أعمالا مدنية بحتة . وذلك لأحد سببين وهما : (١) إما عدم توافر نية المضاربة ، وهى شرط للتجارية عندهم ، أو (٢) عدم شراء المادة الأصلية التى ينصب عليها العمل . فالشركات التعاونية لا تشترى بنية المضاربة بل تشترى بقصد الاستهلاك . والاستهلاك مقصور على أعضائها ، فكأنها تشترى لاستعمالها الخاص ، ولذلك لو باعت لغير أعضائها أو لهم بثمن أعلى من ثمن الشراء ومصاريفه فانها فى نظر هؤلاء تعمل عملا تجاريا . وكذلك لو باعت لغير أعضائها ولو بخسارة وكان قصدها ذلك أو بالأحرى اذا كان قانونها يسمح لها بذلك . أما فى حالة صاحب المدرسة والمؤلف والرسام والحفار والمثال فنجد أن عملهم الأصلى هو استغلال مواهبهم الطبيعية وكذلك الزارع يستغل موردا طبيعيا هو الأرض ويستغل خبرته وفنه فى الزرع ، أما الأشياء التى يشترونها فشراؤها ليس مقصودا لذاته ، ولا يمكن أن يتصورها الذهن تجارة ، بل هى الوسائل الوحيدة لاظهار الفن واستغلال الموهبة الطبيعية أو الأرض . واذا كان شراء هذه الأشياء وبيعها فى ذاته له صورة العمل التجارى الا أنها لما صدرت من هؤلاء بسبب كونها متصلة اتصال تلازم بعمل مدنى بطبيعته فانها تتبع ذلك

العمل وتلحق به وتصبح مدنية . وأما الحكومة فانها لا تشترى بقصد الربح بل بقصد تخفيف الضغط على السوق بحجز كمية من البضاعة حتى تساعد على ارتفاع الأثمان والخروج من الأزمة . والغرض النهائى لها هو المصلحة العامة أى حماية ثروة البلد .

وأصحاب نظرية التداول[1] يسلمون بعدم تجارية هذه الأعمال ، ولكن بالنسبة لشركات التعاون والحكومة يقولون ان السبب فى اعتبارها مدنية لا يرجع لغياب نية المضاربة . وهم فى الأصل يرفضون فكرة المضاربة كعامل مميز للأعمال التجارية . وإنما يرجع فى نظرهم الى أسباب أخرى تتعلق بنظام هذه الهيئات . وبالنسبة للحكومة على الخصوص يقولون ان النظام الحكومى يتنافر تنافرا كليا مع فكرة تطبيق القانون التجارى بل حتى القانون المدنى العام فى مجموعه على تصرفات الحكومة وإن كانت بطبيعتها تجارية سواء من جهة الاختصاص أو المسئولية أو طرق الاثبات . فنظام الافلاس مثلا يتنافى مع النظام الأساسى الذى يقضى بعدم جواز الحجز على أموال الحكومة ، والحكومة حتى فى تصرفاتها غير المتعلقة بالادارة العامة لا يمكن أن تشبه بالفرد لأن مصروفاتها مقيدة بقيود الميزانية[2] ، وهكذا .

على أننا نرى أن الأولى فيما يتعلق بالحكومة وتدخلها فى الأسواق القول بأننا لسنا أمام حالة صريحة من أحوال الشراء بقصد البيع ، لأن الحكومة وهى تعمل للمصلحة العامة تعمل تحت تأثير الظروف وليست مجبرة على أن تبيع ما تشتريه ، بل إنها لا تنظر عند الشراء أصلا فى احتمال كونها ستبيعه فى المستقبل . انما كل همها أن تشترى فقط لترفع الضغط أولا . أما ماتفعله

---

(١) تالير وبرسيرو ص ١٩ — ٢٠

(٢) المرجع السابق ص ١٣٤ — ١٤٢

بما تشتريه فهذه مسألة يبت فيها فيما بعد. وقد تبت فيها حكومة أخرى لها سياسة مختلفة عن الأولى ، وقد تبيع وقد تخزن ماتشتريه ، وقد توزعه على الأهالى بثمن أو بدون ثمن أو تستعمله فى حاجات جيشها فتصنع من القطن مثلا ملابس لعساكرها وهكذا . ومادام قصد البيع غير محدود عند الشراء ولا يمكن أن يبت فى مصير الشيء المشترى الا بقرار خاص يناسب الظروف التى يصدر فيها فالعمل مدنى . أما ان الحكومة يمكنها أو لا يمكنها أن تعمل عملا تجاريا وأنها تخضع بذلك للقانون التجارى وأحكامه دائما أو فى بعض الأحوال، أو تخضع لبعض أحكامه ولا تخضع للبعض الآخر، فهذه مسائل فى الواقع ليست علمية بحتة ولكنها عملية أكثر، ويدخل جانب كبير منها فى القانون الادارى . وعلى كل حال فسنعود إلى هذه النقطة فى مكان آخر أنسب اليها .

٦٣ — البيع اللاحق للشراء [١] — الآن وقد انتهينا من الكلام على الشروط التى يجب توافرها لاعتبار الشراء بقصد البيع عملا تجاريا، يهمنا أن نعرف حكم البيع اللاحق للشراء أى الذى كان مقصودا وقت الشراء . وهنا نلاحظ أن المشرع لم يتعرض له ولم يذكر حكمه ، ولا يمكن أن يفسر سكوته على أنه يريد ألا يعتبر مثل هذا البيع عملا تجاريا، بل المعقول اعتباره كذلك ، لأن الشراء لا يعتبر تجاريا الا اذا قصد به البيع ، وما دامت صفة التجارية لا تثبت للشراء الا اذا توفرت فيه نية البيع وهى تتوقف على وجود هذه النية فكيف اذا تحققت هذه النية بوقوع البيع فعلا لايكون البيع أيضا تجاريا ؟

(١) لاكور بند ٣٥ هامش ٣ ليون كان و رينو بند ٢٤ ص ٣٣

٦٤ — البيع الذى لم يسبقه شراء — الغرض هنا هو بيان حكم بيع الانسان أشياء لم يحصل عليها بالشراء أو على الأقل بالشراء المباشر ، وانما حصل عليها من طريق استغلال الموارد الطبيعية، وعلى الخصوص الاستغلال الزراعى واستغلال المناجم والمحاجر . وقد كان من الواجب أن نتكلم هنا أيضا على بعض أنواع الاستغلال التى ظهرت حديثا والتى عمادها القوى الطبيعية كالكهرباء ، ولكن نظرا لامكان اعتبارها من باب الصناعة لبعض اختلافات دقيقة فسنتركها الى حين الكلام على التعهد بالمصنوعات .

الاستغلال الزراعى — نصت المادة ٣ ت أهلى ويقابلها ٦٣٨ ت ف فقرة ١ على أن "بيع أصحاب الأراضى والمزارعين المحصولات الناتجة من الأراضى المملوكة لهم أو المزروعة بمعرفتهم لا يعد عملا تجاريا" . وهذا النص لا شبيه له فى القانون المختلط . ولكن المحاكم المختلطة ذهبت فى أحكامها باطراد الى نفس المعنى الذى أقره المشرعان الأهلى والفرنسى [1]. وهذا النص فى الواقع ليس الا تطبيقا تشريعيا لما أراده المشرع نفسه فى الفقرة الأولى من المادة ٢/٢ ت أ م التى تتطلب عملية مزدوجة تتكوّن من شراء بقصد البيع ، وليس هنا شراء . وقد يقال ان الزارع يشترى البذور التى يزرعها وتنتج المحصول ، فهو فى الواقع يبيع ما سبق له شراؤه بعد تحويله الى هيئة أخرى . ولكن هذا الاعتراض مردود، أولا لأن الزارع ليس هو الذى يحوّل البذور الى نبات ثم الى ثمر ، وانما تحوّل تحويلا طبيعيا بقدرة الله ، وثانيا لأن شراء البذور ليس مقصودا لذاته ، بل هو الوسيلة لتمكين الزارع من القيام بمهنته فشأنه شأن الورق والحبر فى تأليف الكتاب وما شابهه مما ذكرناه آنفا (بند ٦٢) .

---

(١) س م ١٩٠٣/١١/١٨ مج ت م ١٦ ص ١٧، ١٩١٠/٦/٨ مج ت م ٢٢ ص ٣٦٠

ويستوى فى هـذا الحكم الزارع الذى يبيع محصول أرضه المملوكة له ، والمستأجر[١] الذى يبيع محصول أرضه التى استأجرها من مالكها .

وقد يحصل أن ينص فى عقود إيجار الأرض على تعهد المستأجر بتسليم القطن الناتج من زراعته الى المؤجر ليتولى هو بيعه والحصول منه على قيمة الايجار . ولكن ذلك لا يؤثر فى طبيعة العمل ولا يقلبه من عمل مدنى الى عمل تجارى ، حتى ولو كان المؤجر يبيع على غير علم منه بمقدار ما سيسلم اليه من المستأجر كمية محدودة يظهر فيما بعد أنها أكثر مما أنتجته الزراعة ويتحمل بذلك كل المسئوليات المترتبة على عدم وفائه بالتعهد طبقا لشروطه [٢] .

والقضاء الأهلى والمختلط يشترطان أن يكون البيع مقصورا على المحصولات الناتجة من أرض البائع المملوكة له أو المستأجرة بمعرفته .

أما اذا اشترى الزارع محصولات جيرانه وباعها مع محصوله فقد أصبح فى هذه الحالة وسيطا وعمله شراء بقصد البيع أى عملا تجاريا [٣] .

وقد تستنتج المحكمة من كثرة ما باعه الزارع من القطن وكونه يزيد عما تنتجه أرضه عادة أن الزيادة مشتراة من الجيران أو من الغير على العموم [٤] .

---

(١) الحكم الأخير فى الهامش السابق .

(٢) س م ١٩١٠/١١/٢ مج ت م ٢٣ ص ٢

(٣) س ١٨٩٥/١١/٢١ ح ١١ ص ٢٠٧ تع ١٥/٣/٤ ، س م ١٤/١٢/١٩٢٢ مج ت م ٣٥ ص ٩١ ، ١٩٢٥/٤/٢٢ مج ت م ٣٧ ص ٣٤٩ ؛ س م ١/٢٩/١٩١٣ مج ت م ٢٥ ص ١٥٠ ، ١٩٠٣/١١/١٨ مج ت م ١٦ ص ١٧ ، ١٢/٢٤/١١٠٢ مج ت م ١٥ ص ٧٧

(٤) الأحكام الثلاثة الأولى فى الهامش السابق .

الصناعة الزراعية — ما الحكم اذا قام الزارع بتحويل المحصولات التى أنتجتها أرضه الى مواد أكثر قيمة أو الى مواد صناعية ؟ لا خلاف فى أن الزارع اذا قام ببعض أعمال صناعية الغرض منها إمكان حفظ المحصول من التلف أو إعطائه قيمة أكبر لا يعتبر عمله تجاريا، كتعطين التيل واستخراج أليافه وحزمها لفائف، وعصر العنب وحفظه معصورا فى أوعية، وقشر الأرز . ولكن يظهر أن هناك بعض الاختلاف فى وجهة النظر فى حالة ما اذا وصلت الصناعة الزراعية الى حد كبير من الأهمية يستوجب شراء العدد والآلات وانشاء المعامل واستخدام العمال . فأولئك الذين يميزون الأعمال التجارية بعامل المضاربة يرون أن عمل الزارع يصبح فى هذه الحالة عملا تجاريا، لأنه يقوم فى الواقع بعمل متعلق بالمصنوعات ويضارب ليكسب الفرق بين النفقات وبين ثمن البيع، خصوصا اذا أصبحت الأعمال الصناعية هى أساس عمل الزارع وأصبحت الزراعة وسيلة لتموينها بالمواد الأولية . ويظهر أن بعض أحكام القضاء الفرنسى القديمة تؤيدهم . أما الفريق الذى من رأيه تمييز الأعمال التجارية بعامل التداول فانه يرى أنه مهما اتسعت الأعمال الصناعية التى يقوم بها الزارع بالنسبة لمحصولاته فانها لا تعتبر عملا تجاريا ، ولكنها تصبح كذلك اذا لم يكتف الزارع بتحويل محصولاته بالصناعة بل أضاف اليها محصولات جيرانه التى يشتريها لهذا الغرض ، لأنه بذلك يصبح وسيطا يعمل على تداول المحصولات بين منتجيها ومستهلكيها . وكثير من أحكام المحاكم الفرنسية الحديثة يؤيد هذا الرأى (١) .

وقد ذهبت المحاكم المختلطة فى أحكامها الحديثة الى الرأى الأول . ومعنى ذلك أنها لا تشترط لاعتبار الصناعة الزراعية التى يقوم بها الزارع فى أرضه

(١) ليون كان ورينو بند ٢٢ ص٣٣/٣٤ وتاليرو برسيرو بند ٢٠ ص١٨ والأحكام التى ذكرت فيه .

عملا تجاريا أن تكون واقعة على محصولاته ومحصولات غيره فى آن واحد بل يكفى أن تكون واقعة على محصولاته بشرط أن تصل الى درجة معينة من الأهمية فتصبح الزراعة معها عملا ثانويا[1] . واذا لم يكتف ببيع محصولاته بل باع محصولات جيرانه بعد شرائها فان عمله يعتبر تجاريا [2] باعتباره شراء بقصد البيع .

استغلال المناجم والمحاجر — يقال فى هذا النوع من الاستغلال ما يقال فى الاستغلال الزراعى بتفصيله . وهذا هو الذى جرى عليه قضاء المحاكم المختلطة[3] سواء أكان المنجم مكشوفا Miniére أو عميقا Mine، ومثل ذلك أيضا استغلال المحاجر والجباسات والجيارات ومقاطع أى مآخذ الرمل .

أعمال تتصل بالشراء بقصد البيع وتقرب منه

٦٥ — فى كثير من الأحوال لا تمكن الظروف التاجر أو غير التاجر من شراء ما يحتاج اليه بنفسه، إما لعدم وجود الوقت الكافى لديه أو لعدم خبرته بمصادر الأشياء التى يريدها و بصفاتها و بمواطن اقتنائها بأفضل الشروط، فيعمد

---

(١) س م ١٢/١/١٩٢٧ مج ت م ٣٩ ص ١٥٠ ، ١٣/٥/١٩٣١ مج ت م ٤٣ ص ٣٩٠ ، ٢٥/١١/٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ٢١٣

ولكن لا يعتبر عمل الزارع تجاريا ولا هو يعتبر تاجرا اذا كان يعطيهم ماء الرى من آلة مملوكة له ولو بأجر س م ١٠/٥/١٩٠٥ بوپيكوفر نمرة ٢٨ ص ٢٦

(٢) س م ١٤/٢/٩٢٢ ، ٢٢/٤/٩٢٥ مج ت م ٣٥ ص ٩١ ، ٣٧ ص ٣٤٩

(٣) س م ١٤/٦/٩١١ مج ت م ٢٣ ص ٣٦٣ ، اسكندرية المختلطة ٢٢/٦/١٩١٤ ج ٤/١٧٨ — ٤٣١ وكان فى جباسة واعتبرته المحكمة عملا مدنيا رغم أن الطرق المستعملة لاستخراج الجبس قد وصلت الى درجة عظيمة من الكمال الفنى . أما اذا أعطى امتياز الاستخراج لشخص آخر فيعتبر عمل المستخرج تجاريا س م ١٢/٥/١٩٠٦ مج ت م ٢١ ص ٣٣٦

الى الوسطاء الذين فطنوا الى هذه الحقيقة ونصبوا أنفسهم للتوسط فى قضاء الحاجات التى يطلب اليهم قضاؤها فى مقابل أجر أو جعل، أو مضاربة على فرق الثمن الذى يحصلون به عليها والذى يبيعونها به للطالب . ويعرف هؤلاء الوسطاء بأسماء مختلفة لاختلاف طبيعة الوساطة التى يقومون بها . وقد ذكر المشرع منهم الطوائف الآتيـة وهى المتعهدون بالتوريد Fournisseurs ، الوكلاء بالعمولة Commissionaires والسماسرة Courtiers ووكلاء الأشغال Agents d'affaires وأصحـاب الملاعب العمومية Spectacles publics ومحلات البيع بالمزاد Vente à l'encan وفيما يلى تفصيل مختصر لأحكام كل منهم :

٦٦ — التعهد بالتوريد Entreprise de fournitures — نص المشرع على هذا العمل فى المـادة ٢ فقرة ٣/٢ فقرة ٤ ت ١ م، على اعتبار أنه عمل مستقل عن الشراء بقصد البيع . والواقع أننا إذا نظرنا مليا فى هـذا العمل نجد أنه شراء بقصد البيع . وغاية ماهنالك أن البيع أو كما يقول البعض [1] الوعد بالبيع يحصل فى هذه الحالة قبل الشراء ، لأن المتعهد فى الغالب يتعهد بتوريد كمية كبيرة من الأشياء لايملكها وقت التعهد على أمل أن يشتريها من السوق ويسلمها لطالبها فى الفترة التى تلى التعهد وتسبق التسليم . ويحصل التعهد بالتوريد دائما فى الأشياء التى توجد دائما فى السوق باستمرار ، ولذلك لايجد المتعهد بأسا من الالتزام بتوريدها وان لم تكن عنده وقت الالتزام . وعلى أساس هذا التحليل نجد أن عملية المتعهد تنحصر فى أنه يشـترى من السوق ليبيـع ما

---

(١) شيرون بند ٢٩ ص ٢٠ ، ليون كان ورينو بند ٢٤ ص ٣٠٤

اشتراه للتعهد له ، فهى اذن عمل تجارى لهذا السبب ،ولا أهمية لكون البيع أو بالأحرى الوعد به يسبق الشراء فى بعض الأحيان أو معظمها . وعمليات التعهد نفسها والشراء والبيع للتعهد له تعتبر كلها تجارية[١] .

ولكن يشترط فى التعهد بالتوريد ألا تكون الأشياء الموردة مملوكة فى الأصل للتعهد بسبب آخر غير الشراء . ولذلك لو تعهد زارع بتوريد محصولات أرضه فلا يعتبر عمله تجاريا[٢] وكذلك لا يعتبر عملا تجاريا تعهد المؤلف بطبع كتاب بطريق الاكتتاب فى ثمنه مقدما ، كأن يعلن للجمهور ذلك ويحصل من كل مكتتب على جزء من الثمن مقدما بايصال أو بدونه . ولا يشترط أن يكون الغرض من التعهد هو تمليك الأشياء الموردة للتعهد له بل يكفى تأجيرها للاستعمال كمن يورد الملابس للفرق التمثيلية والمناظر وغيرها [٣] . ولا تكفى عملية التوريد الواحدة لتكون تجارية ، لأن المشرع عبر بلفظ "تعهد Entreprise" ولذلك يجب أن يكون المتعهد محترفا هذه العملية [٤] .

٦٧ — التعهد بالتوريد للحكومة — هذا من غير نزاع لا يعتبر تجاريا بالنسبة للحكومة ، كما أنه لا يعتبر كذلك بالنسبة للتعهد له إذا كان فردا عاديا .

---

(١) ليون كان ورينوص ٣٣

(٢) ليون كان المتقدم . ومع ذلك انظر س م ١٨٩٥/٤/٢٤ مج ت م ٧ ص ٢٧٧ الذى قالت فيه ان عمل الشركة المقصود منه زرع أراضى بقصب السكر لتوريده للفوريقات يعتبر من أعمال توريد الأشياء أى عملا تجاريا . وهذا غير مفهوم ، اذ ما الفرق بين شركة تستأجر أرضا لتبيع محصولاتها وبين المستأجر الفردى ، إلا اذا قيل ان التجارية هنا منصبة على الاحتراف أو التكرار .

(٣) ملش وفال بند ٩٣ ص ٥٠

(٤) شيرون بند ٢٩ ص ٢٠ وهو مع ذلك ينتقد التفريق بين العملية الواحدة والتعهد فى هذه الحالة .

ولكن فى فرنسا جعل الاختصاص فى المنازعات الناشئة عن التوريد للحكومة لمجلس الدولة، ولو كانت الدعوى مرفوعة على المتعهد، وذلك بمقتضى قوانين خاصة . أما التعهد بالتوريد للمصالح والهيئات العامة الأخرى فانه يخضع لاختصاص المحاكم التجارية العادية كما هى الحال بالنسبة للأفراد نظرا الى عدم وجود قانون مشابه . ولا شك أن مسألة الاختصاص فى مصر بالنسبة للتعهد بالتوريد لم تصدر بشأنها قوانين كالتى صدرت فى فرنسا، بل بالعكس تقضى القواعد العامة والنصوص القانونية والأحكام بأن أعمال الحكومة التعاقدية تخضع للقضاء العادى طبقا للقواعد المقررة فيها للاختصاص [١] .

٦٨ — الوكالة بالعمولة أو عقد العمولة أو العمولة فحسب La commission — الوكالة بالعمولة هى عقد يلتزم به شخص يدعى الوكيل بالعمولة (أمير العمولة) [٢] Commissionaire القيام بعمل باسم نفسه أو باسم شركة يأمر آخر يدعى الموكل (الآمر) Commettant وعلى ذمته فى مقابل أجر يسمى العمولة Commission . والعمل الذى يقوم به الوكيل (الأمير) بالعمولة قد يكون أى شىء ، وان كان الغالب فيه أن يكون بيع البضائع المملوكة للموكل (الآمر) أو شراءها له . فيقوم ببيعها أو شرائها باسمه هو لا باسم موكله .

وليس لمن يتعامل معه أمير العمولة بالبيع أو بالشراء ولا للموكل أن يرجع احدهما على الآخر بشىء . وهذا هو الفرق بينه وبين الوكيل فى القانون المدنى . وفوق ذلك فالأمير له حقوق وامتيازات خاصة لضمان العمولة المستحقة له

(١) انظر س ١٨٩٢/٢/٢٥ ح ص ٤٠

(٢) نفضل استعمال لفظى أمير العمولة والآمر على لفظى الوكيل بالعمولة والموكل للأسباب التى سنذكرها عند شرح عقد العمولة فى الكتاب الثانى .

والمصاريف التي صرفها في القيام بالعمل المأمور به وما يكون قدمه للوكل (الآمر) من النقود على حساب الصفقة . والوكيل بالعمولة مفترض فيه دائما أنه مأجور خلاف الوكيل العادى فانه يعمل بلا أجر إلا اذا اتفق عليه . وقد قضى المشرع فى المادة ٢/٢ ت ا م على أن كل مقاولة Entreprise أو عمل Opération متعلق بالوكالة بالعمولة يعتبر عملا تجاريا. وعلى ذلك فلا يجب أن يكون الوكيل بالعمولة محترفا بالوكالة بالعمولة ليكون عمله تجاريا بل تكفى فى ذلك العملية المفردة ، أى قيامه ولو مرة واحدة بعمل على سبيل الوكالة بالعمولة . وذلك خلافا للقانون الفرنسى الذى لا يعتبر عملية الوكالة المفردة عملا تجاريا، لأنه لم ينص إلا على كل مقاولة تتعلق بالوكالة بالعمولة، والمقاولة تدل على الاحتراف والتكرار. وكذلك لا يشترط أن تصدر العملية من تاجر لأنها تجارية بطبيعتها (١). والوكالة بالعمولة تعتبر عملا تجاريا بطبيعته بالنسبة للوكيل (الأمير) بالعمولة فقط . أما بالنسبة للوكل أو الغير الذى يتعامل مع الوكيل بالعمولة فقد تكون عملا تجاريا أو مدنيا بحسب ما اذا كان كل منهما تاجرا ويؤمر بها لأعمال تتعلق بتجارته أم لم يكن، وقد تكون تجارية بالنسبة لأحدهما ومدنية بالنسبة للآخر .

٦٩ — السمسرة Courtage — يختلف السمسار Courtier عن الوكيل بالعمولة فى أن الأخير يتعامل مع الغير باسمه وهو الذى يعقد الصفقة ، أما السمسار فان مهمته تنحصر فى أن يقرب فقط بين البائع والمشترى دون أن يلتزم بشىء ماقبل أحدهما، لأنه ليس طرفا فى العقد، وله أجرة على عمله تأخذ فى الغالب شكل نسبة مئوية . وعملية السمسرة الواحدة تعتبر عملا تجاريا سواء فى مصر أو فى فرنسا ، لأن كلا من القانونين يتكلم عن كل

---

(١) س م ١٠/٥/١٨٧٦ مج ت م ٢ ص ٣٦٠ وبوبيكوفر نمرة ١٦ ص ١١

عمل Opération متعلق بالسمسرة . ولذلك لا أهمية لكون السمسار محترفا بالسمسرة من عدمه[١] ، كما لا أهمية لكونه يعمل مستقلا بنفسه أو كعضو فى هيئة منظمة تنظيما قانونيا كالبورصة ، ولا لكونه خاضعا أو غير خاضع لاشراف الحكومة أو معين من قبلها مثل سماسرة التأمين البحرى فى فرنسا[٢] .

والسمسرة يجب اعتبارها عملا تجاريا بطبيعته بالنسبة للسمسار ، بغض النظر عن صفة العمل الذى كلف به وصفة من كلفه أو من تعامل معه بناء على ذلك التكليف[٣] ، وذلك لأن نص المادة عام لم يفرق بين السمسرة فى الأعمال المدنية وبينها فى الأعمال التجارية ولا بين السمسرة المأمور بها من تاجر أو من غيره . وعلى ذلك يعتبر توسط السمسار فى شراء عقار أو بيعه وفى بيع محصولات زارع وعمل الخاطبة فى الزواج عملا تجاريا كتوسطه فى شراء بضائع أو أوراق مالية أو تجارية لشخص يتجر فيها تماما . وبهذا الرأى يأخذ أغلب الشراح فى فرنسا وفى مصر[٤] وبعض الكتاب مثل لاكور وغيره يميلون الى التفريق بين السمسرة فى الأعمال المدنية والسمسرة فى الأعمال التجارية ، فيعتبرونها تجارية فى الحالة الأخيرة فقط . والقضاء المختلط[٥] يأخذ باستمرار بالرأى الذى عليه غالبية الكتاب .

---

(١) س م ١٧/١/١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ٢٨٧

(٢) ليون كان بند ٨٥٠ وما بعده وبند ٣٣ ص ٤١

(٣) س م ٧/٦/١٨٧٧ بوريللى ص ٢٠٢

(٤) ليون كان ورينو ص ٣٣ — ٣٤ وثال نمرة ٦٦ وتالير ٢٠٥ ص ٢٢ — ٢٣ ، وملش وثال بند ٧١ ص ٤٥ وذهنى ص ٧٩ ، وعكسهم لاكور بند ٥٢ ص ٣٨

(٥) س م ١٧/١/١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ٨٧ ، مج ٢٥٧ ص ١٠٧ بوبيكوفر ٢٣ ص ٢٥ ، س م ١٩/١١/١٩٠٣ مج ت م ١٦ ص ١٤

أما القضاء الفرنسى [1] فيميل الى الرأى الثانى أى الى التفريق بين الأعمال المدنية — ويعتبر السمسرة فيها عملا مدنيا — وبين الأعمال التجارية — ويعتبر السمسرة فيها عملا تجاريا . أما القضاء الأهلى فأحكامه متضاربة [2] .

٧٠ — المحال والمكاتب التجارية Entreprise d'agence et bureaux d'affaires — الغرض هنا هو المكاتب أو المحال التى يتخذها بعض الناس مقرا لهم ليقوموا فيها بأعمال قريبة من أعمال الوكالة بالعمولة أو السمسرة ويسمون وكلاء الأشغال Agents d'affaires . وهم يقومون بالوكالة عن الغير فى عمل أى شىء مما تدعو اليه حاجة الأعمال، فيتولون عنه فى توكيل المحامين والسير فى القضايا التى تهمه أو فى تحصيل الديون والتركات وتحرير العقود من بيع ورهن البضائع أو المحلات التجارية الخ .

وكثيرا ما يختصون فيقتصر كل وكيل أو كل جماعة منهم على نوع معين من الأشغال، ويسمى مكتبه بحسب نوع العمل. فمثلا تجد مكاتب خاصة بايجار الأطيان والمنازل وأخرى لبيعها وشرائها Bureau de ventes et locations وثالثة لاعطاء فتاو فى مسائل معينة أو للسير فى القضايا . ومن ذلك أيضا

---

(١) شيرون بند ١٨ ص ١٦

(٢) أخذت محكمة مصر فى ١٩٠٤/٢/٢٠ وتأيد حكمها فى الاستئناف ١٩٠٥/٤/٢٦ ح ١٩ ص ٩٨ تع ٢/١٤/٥٦ ، بالرأى الأول الذى عليه معظم الشراح والقضاء المختلط . وأخذت محكمة الاستئناف الأهلية فى حكم آخر ١٩٠٥/١٢/٢١ ح ٢١ ص ٧٤ تع ٢/١٤/٥٧ بالرأى الثانى . وكلا الحكمين كان خاصا بنزاع على سمسرة فى بيع عقار فقضى الحكم الأول باعتبارها تجارية وقضى الثانى باعتبارها مدنية ، وقد أخذت المحاكم الكلية والجزئية أخيرا بالرأى الأول انظر اسكندرية ١٩١٨/٤/٣ مج ١٩ ص ١١٦ (بدرمانى ٢/٨/٢٦) ودمياط ١٩٢٩/١٠/٢ مج ٣١ ص ١٥ وانظر ملش وفال بند ٧١ ص ٤٥

مكاتب التخديم Bureau de placement والجاسوسية الخصوصية أى ايجاد خدم لأرباب البيوت وغيرهم والحصول على معلومات سرية تهم من يطلبون الحصول عليها . ووكلاء الأشغال يعملون فى مقابل أجر أو نسبة معينة على الصفقة ، فهم يحترفون اذن القيام بأعمال الغير الذى لا يريد أو لا يمكنه أن يؤدى أعماله بنفسه . وبذلك يشابهون السمسار وأمير العمولة ، ولكنهم يختلفون عن كل منهما فى أن عملهم لا يعتبر تجاريا إلا اذا كانوا محترفين ، لأن المشرع وان كان ذكر فى المادة ٢ "كل مايتعلق بالمحلات والمكاتب" إلا أن النسخة الفرنسية ظاهر فيها أن الغرض هو كل مقاولة أو تعهد بالمكاتب Entreprise d'agences et bureaux d'affaires . فلا يكفى اذن قيام شخص بعمل مفرد من الأعمال المتقدم ذكرها ليكون وكيل أشغال، وليكون عمله تجاريا يقع تحت طائلة هذه المادة .

ولا يشترط لتجارية المحال والمكاتب أن يكون العمل الذى تقوم به تجاريا . بل هى تجارية سواء أكانت تقوم بأعمال مدنية أم تجارية . وقد كان المنطق يقضى باعتبارها مدنية، لأنها ليست إلا تأجيرا من جانب وكلاء الأشغال لأعمالهم وهذا عمل مدنى . إلا أن المشرع رأى أن يخضعها للقانون التجارى بغض النظر عن طبيعة العمل الذى يقوم به الوكلاء نظرا للثقة التى يودعها الناس فيهم بسبب مهنتهم ومظهرهم . هذا من جهة ومن جهة أخرى فانهم لما كانوا يعملون بدون اشراف من الحكومة أو تعيين منها فيجب حماية الجمهور ومصالحه التى يودعها بين أيديهم باخضاعهم للقانون التجارى والمحاكم التجارية .

ويلاحظ أنه لا يدخل فى عداد هذه الطائفة المحامون والموثقون ، لأنهم ممنوعون بحكم مهنتهم من التجارة ، وفوق ذلك فانهم من أهل المهن الحرة

ويشترط فيهم حالة علمية أو دراسة خاصة . أما وكلاء التفاليس (السناديك) والحراس القضائيون والمصفون فيقاسون فى رأى البعض على وكلاء الأشغال[1] لأنهم محترفون بالقيام بأعمال الغير ولأن العمليات التى يقومون بها تجارية وعلى رأى البعض الآخر لا يصح قياسهم على هؤلاء لأنهم معينون بأمر القضاء ويعملون تحت اشرافه .

٧١ — محال المزايدة العمومية Établissements de vente à l'encan هى محال يحصل فيها بيع الأشياء بالمزاد العلنى . ومن أمثال هذه المحال أيضا بيوت التسليف على رهونات Monts de piété, ètabl. de prêts sur gage المنشأة فى مصر بمقتضى ديكريتو سنة ١٩٠٠ مختلط ١٩٠١ أهلى . ومنها أيضا المخازن العمومية magasins généraux فانه توجد بها صالة مخصصة لبيع الأشياء المودعة فيها . وصاحب بيت التسليف وصاحب المخزن يقربان كثيرا من وكيل الأشغال ، لأنهما يتوسطان بين البائعين والمشترين للأشياء التى يحصل فيها المزاد . والغالب أن تحصل المزايدة على يد سمسار مأذون رسميا أو معين لذلك ومدرج اسمه فى كشف . وما دام المحل معدا للزايدة العمومية فعمله يعتبر عملا تجاريا بغض النظر عما اذا كان بيع البضاعة أو شراؤها فى المزاد معتبرا فى ذاته أو بالنسبة للبائع أو للمشترى أو بالنسبة لكليهما عملا تجاريا أم غير تجارى .

---

(١) ملش وفال بند ٨٩ ص ٥٤ وفى نظره أنهم يقومون بأعمال متعلقة بالتجارة . ولكن الأولى أن يقال بأنهم يحترفون بالوكالة عن الغير فى ادارة التفليسة أو الأموال التى يحرسونها أو فى تصفية الشركات وأن هذا الاحتراف هو السر فى اعتبار عملهم تجاريا : انظر س م ١٩٠١/١١/٢٧ مج ت م ١٤ ص ٢٦ . عكس ذلك ليون كان والأحكام التى أوردها ص ٣٩ هامش ١

٧٢ — الملاعب العمومية Entreprise des spectacles publics — يدخل فى ذلك جميع المنشآت الخاصة بتسلية الجمهور فى مقابل أجر كدور التمثيل والسينما وصالات الموسيقى والغناء والاستماع Audition وغير ذلك . ومدير الفرقة الذى ينظم هـذه المحال يضارب بالفرق بين ما ينفقه فى تأثيث المحل وشراء الروايات أو القطع الموسيقية وتلحينها واستئجار الممثلين واللاعبين وغيرهم وبين ما يربحه من ثمن التذاكر التى تباع للجمهور . والأمبرزاريو الذى يعمل لرواج موسم معين أو يشتريه مضارب أيضا ، ولذلك فعمله كعمل مدير الفرقة يعتبر عملا تجاريا[١] . ولكن الممثلين والممثلات ومن يشترك فى الأدوار بأجر يأخذه من المدير لا يعتبر عملهم تجاريا . واذا كان مدير الفرقة صاحب الرواية التى تمثل وهو الذى ينفق على تمثيلها و يستأجر المسرح أو يملكه فمركزه كمركز المؤلف الذى ينشر كتابه بطريق طبعه على نفقته[٢] .

٢ — التعهد بالمصنوعات

Entreprise de manufacture

٧٣ — صنع الشىء هو تحويله من هيئته الأولى الى هيئة أخرى . والمصنوعات هى المواد أو الأشياء التى تغيرت هيئتها بالصناعة L'industrie سواء أكانت خاما قبل صنعها أم كانت فى الأصل مصنوعة فعدلت هيئتها بصناعة أخرى . فغزل القطن الى خيوط ونسج الخيوط الى قماش كل

---

(١) س ٤ / ١٩٠٤ مج ٢٢ ص ٢١٣ ، مصر المختلطة ١٩١٣/٢/١ ج ٩٦/٣ — ١٧٣

(٢) و يلاحظ أن العقد الذى يتم بين مدير الفرقة والمؤلف لا يعتبر تجاريا من جانب المؤلف ولكنه يعتبر كذلك من جانب مدير الفرقة فقط . انظر ما قلناه فى شراء حق التأليف والطبع آنفا بند ٦٠ .

منهما صناعة ، وتفصيل القماش إلى ثيـاب صناعة أيضا ، وتحويل الحديد الخام الى صلب صـناعة ، وعمل الآلات والقاطرات من الصلب صناعة أيضا وهكذا .

وتحويل المواد إلى هيئة غير هيئتها بالصناعة قد يحصل باليد وقد يحصل بواسطة الآلات البخارية أو الكهربائية أو غير ذلك من القوى التي يصل إلى معرفتها الفكر البشرى بالبحث والتجربة . والغرض من الصناعة وتحويل المواد فى كل الحـالات المتقدمة هو تجهيز المواد للاستهلاك . ولا يقصـد بالاستهلاك إهلاك المصنوعات أى اعدامها ، بل الانتفاع بها فيما صنعت له ، فاستهلاك الملابس بلبسها ، والغلال المطحون الى دقيق والدقيق المحول إلى خبز يأكله ، واستهلاك الآلات الزراعية مثلا كماكينات الحرث أو الدرس أو الرى باستعمالها فى هذه الأغراض .

وقد يحصل صنع المواد فى مصنع يديره صاحبه ويشرف عليه ، فيستخدم العمال اللازمين ويأتى بالآلات أو العدد الضرورية للعمل فيه ويشترى المواد التى يقوم بصنعها وبيعها للناس . كمصانع الحديد والخزف والأقمشة والحصر والأثاث والورق والزجاج والدخان ومعاصر السمسم وقصب السكر الخ. والذى يقوم بالأعمال الصناعية فعلا هم العمال لا صاحب المصنع ، ويقومون بها فى مقابل أجر يتقاضونه من صاحب المصـنع ، إما يوميا ، أو على حسب القطعة Au pièce ، أو بنصيب فى الأرباح ، أو غير ذلك من وجوه الصلة بين العمل ورأس المـال أو بين العامل وصاحب المصنع .

وقد يشترى الشخص المـادة ليصنعها بنفسه فى حانوته أو منزله ، أو مستعينا ببعض الصبيان أو العمال فى صنعها ثم بيعها للجمهور ، أو يتعهد بتوريدها للمحال الكبرى (أشغال الابرة والدانتلا والحرير والجوارب والطواقى وغيرها

من أصناف الثياب) . وقد يشترى المواد ولكنه لا يصنعها إلا بناء على طلب المستهلكين كحائكى الملابس أو الخياطين (الترزية) وصانعى الأحذية (الجزمجية) . وقد لا يشترى المواد وإنما تسلم اليه ليصنعها ثم يردها إلى صاحبها فى مقابل أجر يتقاضاه على صنعته (حائك الملابس والاسكاف الذى يصلح الأحذية القديمة) . وأخيرا قد يقوم بعمل ما بالنسبة لها دون أن يغير شكلها سواء أسلمت اليه ، كغسل الملابس أو تنظيفها أو صبغها أو كيها بالنسبة للغسال والصباغ والكاوى (المكوجى) ، أم لم تسلم اليه ، ككبس المياه وتوزيعها بالنسبة لشركة المياه .

وبازاء هذه الوجوه المختلفة من الصناعة يهمنا أن نعرف ما يعتبر منها عملا تجاريا وما لا يعتبر .

٧٤ — حكم التعهد بالمصنوعات قانونا — قرر المشرع فى المادة ٢/٢ ت ا م الفقرة الثانية " أن كل مقاولة أو عمل متعلق بالمصنوعات " يعتبر عملا تجاريا . ولو أخذنا هذا النص وفسرناه على إطلاقه وظاهر لفظه لحكمنا توًّا بأن كل عمل من أعمال الصناعة المتقدم ذكرها يعتبر عملا تجاريا ، بل لقلنا أيضا أن كل عمل يتعلق بالصناعة كاستخدام الصناع والعمال للقيام بالعمل ومعاملتهم من حيث الأجرة والفصل من العمل والتعويض عن الحوادث وعلى العموم كل ما يتعلق بحقوقهم قبل صاحب المصنع وبالنسبة لرأس المال أو الأرباح يدخل ضمن الأعمال التجارية . ولقلنا أيضا بأن اشتغال العامل أو الصانع فى تحويل المواد ، سواء أكان هذا الأخير اشتراها بنفسه أم لا ، يعتبر عملا تجاريا .

ولكن تفسير الفقرة المتقدمة بهذا الشكل يؤدى إلى المبالغة الفائقة الحد فى معنى التجارة وإلى اتساع نطاق الأعمال التجارية عما هو معقول ومعروف عملا ، إذ يدخل فيها عمل كل شخص يشتغل (بعرق جبينه) للارتزاق

والعيش من مهنته أو أجر عمله لا للربح والمضاربة ، وهو ما يأباه الذوق السليم ، إذ لا يتفق مع معنى التجارة . ولهـذا السبب لابد لمعرفة متى تعتبر المقاولة أو العمل المتعلق بالمصنوعات عملا تجاريا من التفصيل الآتى :

٧٥ — أولا — يجب استبعاد علاقة العامل أو الصانع بصاحب المصنع — فاستخدام العامل أو الصانع ، والاتفاق بينه وبين صاحب المصنع على أجر باليوميـة أو بالشهر أو بالأسبوع أو بنصيب أو بنسـبة مئوية فى الأرباح ، وفصله من العمل ، وتعويضه عن الحوادث الخ لا يعتبر عملا تجاريا بالنسبة للعامل أو الصانع بل هو عمل مدنى يدخل فى باب ايجار الأشخاص أو العمال أو الصناع (١) Louage d'industrie ou d'ouvrage . وكون العـامل أو الصانع هو الذى يقوم فعلا بالأعمال التى تسمى صناعة لا يؤثر فى مركزه . أما بالنسبة لصاحب المصنع فعقد استخدام الصناع والعمال وشروطه ونتائجه

---

(١) راجع تالير بنـــد ٢٧ ص ٢٥ . وبهذا المعنى تحكم المحاكم المختلطة (انظر س م ١٨٧٦/٦/٢٤ بوريللى ٢٠٢ تبع م ٢/١٢/١٢) الذى يقضى بأن تأجير المستخدم عمله ووقته للتاجر مخدومه ليس فى ذاته من الأعمال التجارية وعلى ذلك فان قيمة الأجر المطلوبة له تعتبر دينا مدنيا لا تجاريا . وانظر (س م ١٨٨١/٢/١٧ بوريللى ٢ — ١٦ بوپيكوفر ٢/١٣/٤١) الذى قضى بأن ايجار الأشخاص وأهـل الصنائع المنصوص عليه فى المـادة ٤٨٩/٤٥١ م أم ليس فى ذاته من الأعمال التجارية ، ولذلك فالنجار الذى يؤجر نفسه بصفة صانع من أرباب الحرف لا بصفة مستخدم عند تاجر مكلف بالبيع والشراء والدفع والاستلام يكون عقده عقدا مدنيا لا تجاريا .

ملاحظة — حذار من الخلط بين هـذه الحالة ، وحالة كتبة التجار ومستخدميهم ووكلائهم أو مساعديهم الذين نصت المـادة ٥ ت م على اختصاص المحاكم التجارية بالدعاوى المرفوعة عليهم ، لأن هذه المـادة انمـا جعلت هذه الدعاوى من اختصاص المحاكم التجارية فى حالة واحدة فقط وهى حالة أعمـال البيع والشراء والدفع والاستلام التى يقومون بهـا باسم صاحب المحل ولحسابه ، فكأنهـا فى الواقع مرفوعة عليه هو ، وسنعرض لهذه المـادة فى مجال آخر .

تعتبر كلها أعمالا تجارية . لكنها تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية لا بطبيعتها ، لأنها بطبيعتها مدنية ولم تتخذ الصبغة التجارية إلا لكونها صادرة من صاحب مصنع (أى تاجر) فيما يتعلق بتجارته (مصنعه)، وليست من أعمال الصناعة نفسها ، ولا متعلقة بها مباشرة ولكنها وسيلة اليها فقط .

ثانيا — الصناعة نفسها هى المقصودة هنا — أما الصناعة نفسها أى صنع المواد وتحويلها من هيئتها الأولى الى هيئة أخرى فهى المقصودة من هذه المادة، وتعتبر تجارية ولكن على التفصيل الآتى :

٧٦ — (١) اذا كان صاحب المصنع اشترى المواد بقصد بيعها بعد صنعها فلا نزاع فى أن عمله يعتبر تجاريا [١] ، بل أنه يكون كذلك من وجهتين : أولا لأنه شراء بقصد البيع، ثانيا لأنه عمل متعلق بالمصنوعات . ومع ذلك فكثير من الشراح يرون أن هذه الحالة ليست هى المقصودة فى المادة ٢/٢ فقرة ٢ت ا م، وأنها تدخل فى حكم الفقرة الأولى ٢/٢ت ام، أو بعبارة أخرى، أن العمل فيها يعتبر تجاريا لأنه شراء بقصد البيع لا لأنه عمل متعلق بالمصنوعات. والواقع أن هناك عمليتين: عملية الشراء بقصد البيع، وعملية تحويل المواد قبل بيعها، وفى الشراء بقصد البيع معنى المضاربة، وفى تحويل المواد عمل من أعمال الوساطة Entremise والتداول circulation إذ يتوسط صاحب المصنع بين المنتج والمستهلك ويساعد على تداول الأشياء. وعمل صاحب المصنع الأساسى الذى وقف عليه حياته هو تحويل المواد، والشراء تابع له. ولذلك أرى أنها تدخل أكثر فى نص الفقرة الثانية رغم أن المشرع ذكرها فى الفقرة الأولى بالذات . ومع ذلك فالنتيجة واحدة على الاعتبارين .

---

(١) المنصورة الأهلية الابتدائية ١٩/٤/١٩٢٥ محاماة ٥ نمرة ٥٦٣ ص ٩٨٦

٧٧ — (٢) اذا كان صاحب المصنع لم يشتر البضاعة بل سلمت اليه ليتولى صنعها ثم يردها فى مقابل أجر فيجب التفريق هنا بين حالتين أيضا وهما :

(ا) حالة كونه يستعين فى عمله بعدد من المستخدمين، ويستأجر عمالا كثيرين، ويشترى العدد والآلات اللازمة لمصنعه بوفرة أو على نطاق واسع، بحيث ينطوى عمله على معنى المضاربة وتظهر فيه روح التجارة، لا لمجرد العمل للارتزاق وكسب قوت يومه أو مؤونة عياله . وفى هذه الحالة لا نزاع فى أن عمله يعتبر عملا تجاريا طبقا للفقرة ٢ من المادة ٢/٢ ت أم . بل ان هذه هى الحالة المقصودة بهذه الفقرة . والشراح مجمعون على ذلك [١] . وبهذا المعنى تحكم المحاكم فى مصر أيضا [٢] .

(ب) حالة الصانع L'artisan الذى لا يستعين فى عمله بعدد وافر من العمال والمستخدمين ولا يشترى كميات وافرة من الأدوات اللازمة للصناعة ويظهر من ظروفه أنه انما يعمل لكسب عيشه أو مؤونة عياله، وبالجملة كل صاحب حرفة يعمل فيها للارتزاق فقط لا بروح المضاربة والتجارة. وفى هذه الحالة لا يعتبر العمل تجاريا بل مدنيا

(١) ليون كان ورينو بند ٢٦ ص ٣٥ ملش وقال ص ٥١ بند ٥٠ ، شيرون بند ٢٤ ص ١٨

(٢) س م ٢٩/١١/١٨٧٧ تع ١٦/١١/٢ الذى قضى بأنه يعتبر تاجرا لا صانعا بسيطا صاحب المصبغة الذى يشتغل عادة فى الصباغة ، لا سيما اذا ثبت أنه يشترى كميات وافرة من المواد اللازمة لصنعته إذ يستنتج من ذلك استخدامه لعدة أشخاص فى محله واتساع دائرة معاملاته . وقارن س م ٢٠/١١/١٨٨٤ بوريللى ٢٠٣ تع ٣٠/١٢/٢ الذى يستنتج منه ذلك . وما يقال فى صاحب المصبغة يقال فى غيره من أنواع الصناعة كالحلاقة ذهنى بند ٥٦ ص ٥٧ — ٥٨ وانظر أيضا حكم المنصورة المشار اليه فى هامش الصفحة السابقة .

بحتا . ولا فرق بين الصانع وصاحب الحرفة و بين العامل من هذه الوجهة ، الا أن الصانع يقوم بعمله مستقلا ولحساب نفسه ولا يخضع فيه لاشراف أحد، بخلاف العامل فانه غيرمستقل فى عمله ولا يعمل لحساب نفسه بل لحساب من استأجره . فالاسكاف الذى يصلح النعال، والحائك الذى يعطى له القماش ليحيكه بذلة، والنجار الذى يعطى له الخشب ليصنع منه صندوقا ، كل من هؤلاء لا يعمل عملا تجاريا سواء أقام بصنعه فى حانوته أو فى محل صاحب الشيء ، وسواء استعان فى صنعها بصبي أم لا .

ومع ذلك فقد يتغير مركز الصانع و يكون عمله تجاريا اذا ظهرت فى عمله روح التجارة لا مجرد السعى للارتزاق من مهنته، وعلى الخصوص اذا اشترى البضاعة وعرضها بعد صنعها فى حانوته للبيع لمن يرغب فى مشتراها من الجمهور . و بهذا المعنى تقضى المحاكم المختلطة إذ قررت وجوب التمييز بين الصانع والتاجر وحكمت بأن الحصرى الذى لا يشتغل من الحصر الا بقدر مايرد اليه من الطلبات اليومية لمصنع الحصر لا يعتبر تاجرا بل صانعا و بالتالى غير خاضع لأحكام القانون التجارى[1] . أما الصانع الذى يشترى البضاعة و يعرضها فى حانوته بعد صنعها ليشتريها كل من يرغب ، أى الذى يشترى البضاعة و يصنعها دون طلب فاعتبرته تاجرا لا صانعا[2] ، وذهبت الى أبعد من ذلك واعتبرته تاجرا حتى ولو لم يعرضها للبيع لكل من يرغب بل قام بتوريدها شيئا فشيئا لكل من يطلبها منه[3] .

---

(١) ٢٠/١١/١٨٨٤ بوريللى ٣ ٢٠ تع ٣٠/١٢/٢

(٢) الحكم السابق .

(٣) س م ٢٠/٦/١٨٧٨ بوريللى ٣ ٢٠ تع ٢٤/١٢/٢

أعمال أخرى تقرب من الصناعة

Entreprise de construction ou de travaux

٧٨ — مقاولات إنشاء المبانى والجسور (الكبارى) وما شابهها — تشبه هذه المقاولات التعهد بالمصنوعات لأنها تنتهى بتحويل المواد والأدوات الى بناء. وتخالفها فى أن نتيجة العمل عقار، ومن الصعب أن يقال إنه من المصنوعات. ومع ذلك فقد قرر المشرع الأهلى فى الفقرة ٨ المادة ٢ ت ا بالنسبة للقاولات المتعلقة بانشاء مبان نفس القاعدة التى قررها بالنسبة للتعهد بالمصنوعات إذا كان المتعهد اشترى البضاعة بقصد بيعها بعد صنعها، فقد نص على أن المقاولات المتعلقة بانشاء مبان تعتبر عملا تجاريا اذا كان المقاول متعهدا بتوريد الأدوات والمهمات اللازمة للعمارة.

واذا كان النص العربى لهذه الفقرة مقصورا على المقاولات الخاصة بانشاء مبان، فان اللفظ الفرنسى المقابل له Construction أعم منه. ونرى لذلك أن يسرى حكم المادة المذكورة سواء فى حالة التعهد بانشاء مبان أو بانشاء جسور (كبار) أو خزانات أو انشاء سكك حديدية أو خطوط ترام. ولا يتغير رأينا حتى ولو كان التعاقد على انشائها تم بطريق منح المقاول فردا كان أو شركة امتيازا Concession للقيام بها، لأن الامتياز لا يختلف الا فى أن المقاول قد لا يحصل على نفقاته والربح الذى ينتظره الا من طريق استغلال الامتياز. هذا اذا لم تصبح العملية تجارية لسبب آخر كما هى الحال فى شركات الترام أو السكك الحديدية الضيقة، فانها تعتبر متعهدة بالنقل وعملها يعتبر تجاريا لهذا السبب. ويلاحظ أن المقاولة بالبناء تعتبر تجارية فقط من جانب المقاول لا من جانب صاحب البناء أو الحكومة التى تمنح الامتياز.

أما اذا كان المقاول لا يورد المواد والمهمات اللازمة للبناء بل يقدمها المالك ويقتصر عمل المقاول على مجرد العمل فقط سواء بنفسه أو بواسطة عمال يستخدمهم فان عمله يعتبر مدنيا مهما كثر عدد هؤلاء العمال . ويلاحظ أن المشرع تكلم عن "مقاولات" انشاء المباني . ولذلك يجب لاعتبار المقاولة عملا تجاريا أن تكون متكررة من الشخص الواحد، أى أن يكون محترفا بها . فالمرة الواحدة اذن لاتكون تجارية . وحكم القانون الأهلى فى مقاولات المبانى يتمشى مع ما استقر عليه القضاء[1] والفقه فى فرنسا حيث لايوجد نص شبيه بالنص الأهلى . وكذلك لا يوجد نص فى المختلط . ولكن ذلك لايمنع من أن يكون الحكم واحدا قياسا على الحالة فى فرنسا . وقد حكمت بالفعل المحاكم المختلطة بهذا المعنى مرارا[2] فى مقاولات رصف الأتربة . لكنها اشترطت فى أحكامها أن يكون المقاول معتادا أخذ مقاولات من هذا القبيل . وهذا الشرط طبيعى لأننا فى صدد الكلام على مقاولات، ثم انه يتفق مع مايؤخذ من النص الأهلى وما قدمناه فى الشرح .

الأعمال التى لا تقتضى إقامة بناء أو إنشائه — يقتصر العمل فى هذه الحالة على مجرد تعديل شكل الأرض بالعمل فيها كشق طريق أو فتح ترعة أوحفر قناة أو برزخ أو عمل مصرف . وفى حالة القنوات والبرازخ يحصل هذا فى الغالب بطريق الحصول على امتياز ولا يعتبر عملا تجاريا بل مدنيا، اذ هو مجرد تأجير للعمل وليس عملا متعلقا بالمصنوعات . ومن أمثال هذه مقاولات كنس الشوارع ورشها[3] .

---

(١) استئناف باريس ١٩٢٢/٧/١٠ بدرمانى ٢/٧/١٣

(٢) س م ١٨٧٨/٢/٢٨ ج ر ٣ ص ١٣٣ ، اسكندرية المختلطة ١٩١١/٣/٢٧ ج ١٠٠/١

(٣) س م ١٩٠١/٦/٦ ج ت م ١٣ ص ٤١١

ومع ذلك فان المحاكم تظهر الآن ميلا لاعتبار المقاولة فى هذه الحالة تجارية على اعتبار أن المقاول يضارب فى توريد العمل Fourniture de main d'oeuvre ليكسب الفرق بين قيمة المقاولة وبين قيمة ما ينفقه على من يستخدمهم من العمال[1] .

٧٩ — شركات الإنارة بالغاز أو الكهرباء وشركات المياه —

معظم هذه الشركات تحصل على امتياز بعملها إما من الحكومة أو من البلدية . ويرى تالير (بند ٣١ ص ٢٨ — ٢٩) انه لا نزاع فى أن شركات الغاز تعتبر تجارية ، لأنها تسلم بضاعة معينة للمستهلكين بمقدار . أما شركات الانارة بالكهرباء فيشك فى اعتبارها تجارية ويعتبر المسألة غامضة بالنسبة لها .

ويظهر أن هذا الشك راجع الى أن شركة الكهرباء لا تشترى بضاعة وتوردها بعد تحويلها بالصناعة كشركة الغاز ، وانما تستغل فقط قوة طبيعية ، والقوة الطبيعية Energie ليست بضائع . على أنه عاد فقرر أنه لا يجب أن تتغير صفة المقاولة أو العمل بتغير طريقة الانارة ، وأنه يمكن اعتبار شركة الكهرباء تجارية نظرا لأن الشركة تمد الاسلاك التى تشتريها وتؤجرها للغير ! ولكن أليس فى ذلك تتبيع الأصل للفرع خلافا للقاعدة ؟ أليس مد الاسلاك وتأجيرها للجمهور عملا تابعا للانارة أو توصيل التيار الكهربائى وهى الغرض الأصلى ؟

أما شركات المياه فانها فى فرنسا لا تعتبر تجارية الا اذا كانت مكونة بشكل مساهمة أى أن عملها بطبيعته ليس عملا تجاريا بل مدنيا[2] لأن توزيع المياه متعلق بالصناعة الاستخراجية .

---

(١) نقض فرنسى ٢٠/١٠/١٩٠٨ دالوز ١٩٠٥/١/٤٦ ، عن تالير هامش ١ ص ٢٦ وانظر الأحكام المصرية المذكورة فى الهامش السابق .

(٢) محكمة جرينوبل ١٩/٦/١٩٠٠ دالوز ١٩٠١/٢/١٩ ، تالير ص ٢٦ بند ٣١ ، لاكور ص ٣٦ بند ٤٦

٣ — كل مقاولة أو عمل متعلق بالنقل

Entreprise ou opération de transport par terre et par eau

٨٠ — يجد أصحاب نظرية التداول فى هذه المسألة أكبر مؤيد لمذهبهم، لأن النقل هو واسطة التداول . والنقل لا يعتبر فى فرنسا عملا تجاريا الا اذا كان متكررا أى اذا كان القائم به متعهدا بالنقل . أما فى مصر فالنص يتكلم عن كل مقاولة أو عمل، ولذلك فسواء أكان الناقل متعهدا بالنقل ويحترف به أم لا فان عمله يعتبر تجاريا (٢/٢ ت ا م فقرة ٢) .

ولا أهمية لكون النقل يحصل برا أو بطريق الأنهار أو البحار فى القوارب الشراعية أو السفن البخارية أو الهوائية ؛ كما لا فرق بين كون متعهد النقل أو القائم به فردا أو شركة محتكرة للنقل ولها وحدها امتياز النقل فى جهة معينة أم لا . ولا فرق بين ماإذا كان المنقول بضائع أو أشخاص[١] . وكان الواجب منطقيا بحسب نظرية التداول اخراج نقل الأشخاص أو التعهد بنقلهم من عداد الأعمال التجارية لأن التداول متصور فى البضائع لا فى الأشخاص بطبيعة الحال . ولكن أصحابها يسلمون بأن نقل الأشخاص يعتبر عملا تجاريا رغم أن المنطق يقضى بالعكس . ويقولون فى تبرير خروجهم على نظريتهم أن النظريات القانونية لا تطبق دائما بالمسطرة والبرجل كنظريات العلوم الرياضية . والواقع أن هذه النظرية لا تكفى وحدها ، كما لا تكفى نظرية المضاربة وحدها ، ولا هما مجتمعتين ، لتكونا معيارا ثابتا للأعمال التجارية كما قدمنا عند الكلام على ضوابط التمييز بين العمل المدنى أو التجارى (بند ٥٣ آنفا) .

---

(١) س م ١٨٩١/٣/٥ مج ت م ص ٢٥١

٨١ — نقل الأشخاص والبضائع بالسكك الحديدية الحكومية — حكمت المحاكم المختلطة [١] بأنه يجب لاعتبار مقاولة أو عملية نقل البضائع والركاب عملا تجاريا أن يكون القصد منها المضاربة والربح . وعلى ذلك قضت بأنه يعتبر من الأعمال التجارية عمل شركة الملاحة فى صرف "تذكرة سفر لنقل أحد الركاب وبأن الشركة تصبح خاضعة لمحاكم التجارة فى دعوى التعويض التى ترفع عليها عند عدم تنفيذ التعهد . ولكنها قضت أيضا مرارا واستقر قضاؤها [٢] على أن عمل الحكومة فى نقل الركاب والبضائع لا يعتبر عملا تجاريا ، لأن الحكومة لا تعمل ذلك بقصد الربح بل بقصد المصلحة العامة .

وهذه الأحكام كلها صادرة فى مسألة اختصاص المحاكم التجارية بالنسبة للحكومة ، وكلها تقضى بعدم امكان اخضاع الحكومة لهذه المحاكم . ويظهر أن المحاكم المختلطة لم تجد وسيلة لعدم اخضاع الحكومة للمحكمة التجارية إلا إنكار الصفة التجارية لأعمالها المتعلقة بالنقل وان كانت هذه الأعمال بطبيعتها تجارية . وهنا يجب أن نلاحظ تناقضا غريبا فى أحكام المحاكم المختلطة نفسها ، إذ كيف نوفق بين انكار الصفة التجارية لعملية النقل بالسكة الحديدية الحكومية وبين كون المشرع نفسه نص فى المادة ١٠٦/١٠١ ت أم

---

(١) س م ٣ / ٦ / ١٨٩٦ مج ت م ٨ ص ٣٠٩ تع ٤١ / ٢ / ١٣ ، س م ١٨٩١/٣/٥ مج ت م ٣ ص ٢٥١

(٢) ١٩٢٠/١٢/٢٩ مج ت م ٣٣ ص ٩٧ ، وأدخلت فى هذه القضية الحكومة ضامنة أمام المحكمة التجارية فقررت المحكمة بأنه يجب احالة الدعوى الى المحكمة المدنية اذا لم يتقرر فصل دعوى الضمان من الدعوى الأصلية ، س م ١٨٩٨/٥/١٣ مج ت م ١٠ ص ٢٨٥ الذى قضى بأن مصلحة السكة الحديدية الحكومية لا تخضع المحاكم التجارة ، ١٨٨٦/٥/١٢ بوريللى ٢٠٣ تع ٢/١٢/٣١ وكان خاصا بقيام مصلحة الكمارك بتفريغ البضائع وتخزينها حتى تستولى على الرسوم المستحقة للحكومة ، ٢ س م ١٨٨٨/١/٤ بوريللى ٢٠٣ تع ٢/١٣/٣٢

على سريان قواعد القانون التجارى الخاصة بأمناء النقل على مصالح السكك الحديدية ، وكيف نوفق بين انكار الصفة التجارية لهذه العملية وبين أحكامها العديدة التى طبقت فيها المواد ١٠٠/١٠٢ ، ١٠٢/١٠٧ ت ام بخصوص المسئولية عن هلاك وتلف البضاعة أو تأخير وصولها فى أحوال النقل بالسكة الحديدية[(١)] .

الواقع أن عملية النقل يجب أن تعتبر فى ذاتها تجارية سواء كان القائم بها فردا أو شركة أو حكومة وسواء أتعلقت بنقل البضائع أم بنقل الأشخاص أم بنقل البريد . ولا يجوز أن تتغير صفتها بتغير صفة القائم بها . بل ولا ضرر أيضا من أن تخضع الحكومة فيها للمحاكم التجارية ويطبق عليها القانون التجارى فى المسائل التى نص القانون على تطبيق أحكامها التجارية بالذات عليها ، كما هو الحال فى المادة ١٠١/١٠٦ ت ا م ، لأنها تخضع الآن فى هذه المسائل للمحاكم المدنية .

وهذا الرأى يصبح الآن أكثر قبولا بعد أن فصلت ميزانية السكك الحديدية الحكومية عن الميزانية العامة ، وكان الداعى اليها امكان ادارتها على أساس تجارى وزيادة الايرادات بتقليل النفقات فيما لا يكون ممكنا دائما اذا كانت الميزانية مرتبطة بميزانية الدولة العامة وقيودها . وهذا هو الذى حصل فعلا فى فرنسا بعد أن فصلت ميزانية السكة الحديدية الحكومية عن ميزانية

---

(١) س م ٢١/١١/١٨٩٤ مج ت م ٧ ص ١١ وكان ذلك فى نقل كمية من البارود فى عربة بقطار ركاب بدون فصلها عن باقى العربات فاعتبرت المحكمة ذلك خطأ جسيما من ادارة السكة الحديدية وطبقت المادة ١٠٢ ت م ، ١١/٦/١٩١٩ مج ت م ٣١ ص ٣٤٠ وكان فى حادث سرقة وغش من الموظفين ومثله ١٥/٥/١٩٢٠ مج ت م ٣٢ ص ٣٢٠ ، ٨/٦/١٩٢٢ مج ت م ٣٤ ص ٤٧٤ وفى الاعفاء من المسئولية انظر س م ١٩/٤/١٩٢٣ مج ت م ٣٥ ص ٣٨٦/٣٨٧ ، ٦/٤/١٩٢٢ مج ت م ٣٤ ص ٢٩٨ ، ٢٦/١/١٩٢٢ مج ت م ٣٤ ص ١٣٨

الدولة[١] بقانون ١٨ مايو سنة ١٨٧٨ وبدكريتو ٢٥ مايو من السنة نفسها ، إذ ترتب على هـذا الفصل : (١) أن الحكومة أو بالأحرى مصلحة السكة الحديدية أصبحت معرضة لنفس الدعاوى التى تتعرض لها الشركات والأفراد بخصوص المسئولية عن هلاك أو تلف أو تأخر البضاعة المنقولة وتسرى عليها القواعد المقررة قانونا لتقدير التعويض ، (٢) أن الحكومة تخضع فى هذه الدعاوى للمحاكم التجارية[٢] .

على أن القول بأن الحكومة فى قيامها بالنقل تعمل عملا تجاريا وأنها لذلك يجب أن تخضع للمحاكم التجارية والقانون التجارى فيما نص عليه فيه ، لا يجب أن يذهب بنا الى حد القول باعتبارها تاجرة ، أو بجواز الحكم بافلاسها أو باخضاعها للمحاكم التجارية فى المنازعات التى تقع بينها وبين موظفى مصلحة السكك الحديدية كما لو كانت شركة أو فردا . لأننا قررنا الرأى الذى قررناه للفائدة العملية لا للخروج بالحكومة عن مدارها الطبيعى فى غير ما يتعلق بالنقل رأسا . وبهذا تقضى المحاكم ويقول الكتاب فى فرنسا[٣] .

المبحث الثانى

تجارة النقود Commerce d' argent

٨٢ — يدخل تحت هذا العنوان التجارة فى المعادن النفيسة وهى التى تعمل منها النقود . ويخرج منها التجارة فى الأحجار الكريمة ، لأنها تعتبر من تجارة البضائع . ويرى أصحاب نظرية التداول أن المعاملات فى النقود والمعـادن

---

(١) تالير ص ١٤٢ سنبر ١٨٨ ، وانظر ليون كان بند ٢٨ ص ٣٨/٣٧

(٢) التماس فرنسى ١٨٨٩/٧/٨ دالوز ٨٩/١/٣٠٣

(٣) التماس فرنسى ١٨٩٥/١١/١٨ سيرى ١٨٩٨/١/٣٨٥ وتعليق شافيجران عليه ، وانظر تالير وبرسيرو بند ١٨٨ ص ١٤٣

النفيسة Métaux précieux تعتبر تجارية لأنها ترمى الى تداول النقود، والتداول كما يكون فى البضاعة يكون فى النقود . ويرى أصحاب نظرية المضاربة أن المعاملات المتعلقة بالنقود تعتبر تجارية لأن المقصود منها المضاربة بها . لان أسعار النقود تختلف كأسعار البضائع من مكان الى مكان ومن زمان الى زمان ، فمن يتجر فى النقود يضارب ليكسب فرق السعر . والواقع أن تجارة النقود فيها المعنيان، فهى الواسطة لتداول النقود ، وفى الوقت نفسه تحتوى على كثير من معنى المضاربة .

وأهم الأعمال المتعلقة بتجارة النقود هى التى ذكرها المشرع فى الفقرات ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ من المادة ٢ ت ا ، ٣ ، ٥ من المادة ٢ ت م أيضا وهذه الأعمال هى :

(١) أعمال البنوك — وقد كررت المادة ٢ ذكر أعمال البنوك مرتين، مرة فى الفقرة الرابعة حيث اكتفت بالنص على كل عمل متعلق بالبنوك ثم مرة فى الفقرة الخامسة حيث تكلمت عن أعمال البنوك العامة . ويظهر أن قصد المشرع كان منصرفا فى المرة الأولى الى البنوك الخصوصية وفى المرة الثانية الى البنوك العامة . ولا شك أنه لم يكن هناك محل لهذا التكرار ، لأن اطلاق لفظ البنوك فى المرة الأولى كان كافيا ليدخل أعمال البنوك العمومية فى الأعمال التجارية .

(٢) الأعمال المتعلقة بالصرف .

(٣) الكمبيالات والسندات تحت الاذن .

وقبل أن نشرح هذه الأعمال نلاحظ أن ما ذكره المشرع لا يستنفد كل الأعمال الخاصة بتجارة النقود ، لأنه أغفل كثيرا منها ، فلم يذكر شيئا عن الشيكات ولا عن الشركات ولا عن القرض ولا عن التأمين البرى ، مع أن جميعها من صميم التجارة بالنقود ولذلك سنتعرض لها بعد الانتهاء مما ذكره المشرع .

الأعمال التى ذكرها المشرع

٨٣ — (١) أعمال البنوك Opération de Banques — أعمال البنوك متنوعة أهمها تسليف النقود بفائدة — وقد يكون التسليف بضمان شخصى أو عينى أو بدونه — وقبول الودائع النقدية أو غيرها بفائدة أو بدون فائدة وشراء وبيع السندات والأوراق التجارية وخصمها أو فتح الاعتمادات أو الحساب الجارى الخ . وكل هذه الأعمال تعتبر أعمالا تجارية بل أن بعضهم يطلق عليها وعلى غيرها من الأعمال الخاصة بتجارة النقود والمعادن النفيسة اسم "التجارة البحتة" (ذهنى ص ٨٤) . وهى تجارية بطبيعتها من جانب صاحب المصرف أو البنك . أما من جانب العميل فقد تكون تجارية أو لا تكون[1] بحسب

---

(١) ٢٠/١/١٨٨٠ مج — ٦ ص ٥٩ ، ٢٩/١٢/١٩٠٩ مج ت م ١٢ ص ٧٣ وقد قالت فيها ان عملية الحساب الجارى ليست فى ذاتها عملية تجارية من جانب العميل ولكنها تعتبر كذلك من جانب البنك لأنها عمل من أعمال البنوك س م ١٣/١٢/١٨٧٧ بوبيكوفر نمرة ١٨ - ص ١١ . وقد تصبح تجارية من جانب العميل أيضا اذا حصلت منه لأغراض تجارية كما لو كان قصده بذلك التمكن من المضاربة فى القطن س ١٣/١١/١٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ١١٤ وكذلك اذا تبين من الظروف أن الحساب فتح طبقا للشروط التى يقتضيها عرف المكان والعوائد التجارية . وما يقال فى الحساب الجارى يقال فى السلف وغيرها . أما القرض الحاصل من البنوك فيعتبر تجاريا من جانب البنك ولا يعتبر كذلك من جانب العميل الا اذا كان تاجرا واقترض لأعمال تتعلق بتجارته ولا فرق فى ذلك بين أن تكون السلفة برهن أم لا . قارن س م ٦/٥/١٨٧٧ مج ر ٢ ص ٣٥٢

ما لو كان تاجرا يقدم عليها لأسباب متعلقة بتجارته أو غير تاجر، ولا فرق فى اعتبار هـذه الأعمـال تجارية بين كونها تحصل من بنك عمومى أو خصوصى Banque publique ou privée . والبنك العمومى هو الذى تشرف عليه الدولة ويعمل تحت رقابتهـا وباذن منهـا ويؤدى لهـا خدمات مالية معينة ، وفى الغـالب يكون له وحده حق اصدار الأوراق التى تقوم مقام النقد والتى تسـمى أوراق البنكنوت Banque notes كبنك فرنسـا وبنك الجزائر والبنك العقارى الفرنسى .

٨٤ — (٢) عملية الصرف Opération de change — الصرف هو مبادلة المـال بالمـال . مثال ذلك تغيير النقود الذهبية بقيمتها من الفضة أو أوراق البنكنوت بقيمتها من الفضة أو الذهب أو النيكل أو غيره من أنواع النقود ، وكذلك تغيير العملة الأجنبية بعملة محلية وهكذا .

والصرف على نوعين : (١) صرف حال أو مقبوض (صالح) أو محلى (ملش عن ليون كان) Manuel ou local وهو ما سلم فيه البدلان فى وقت واحد وفى مكان واحد. وهذا ما يعمله كل انسان فى حياته اليومية اذا احتاج الى صرف نقوده أو ابتياع ما يلزمه. و (٢) صرف مؤجل أو مسحوب Tiré وهو ما لا يسلم فيه البدلان فى وقت واحد ولا فى مكان واحد، بل يستلم أحد المتعاقدين مبلغا من المـال ويتعهد بأن يرد هذا المبلغ فى مكان آخر إما بعينه أو بعملة أخرى سواء لمن استلمه منه أو لشخص آخر. وهذا وهو ما تقوم به فى الغالب البنوك لمن يريد ارسال مبلغ من المـال الى بلد آخر، فيذهب الى بنك فى البلد الذى

---

(١) شيرون بند ١٩ ص ١٦ ، تاليرو برسيرو بند ٤٣ ص ٣٣ . ويلاحظ أن البنك الأهلى المصرى له وحده حق اصدار أوراق البنكنوت دكريتو ١٨٩٨/٦/٢٥

يوجد فيه ويدفع إليه المبلغ المراد ارساله ويتعهد البنك بدفعه فى البلد الآخر بقيمة العملة السارية هناك، ويحصل هذا فى قسم الكمبيو Cambio فى البنك. ويستفيد البنك من ذلك لأنه يضارب على فرق السعر . ويسمى هذا العقد فى فرنسا عقد المبادلة أو الصرف Contrat de change ويقابله فى الشريعة الاسلامية السفتجة. وهذا العقد هو الأصل فى الكمبيالات .

٨٥ — (٣) الكمبيالة Lettre de change — هى خطاب يأمر فيه شخص آخر بدفع مبلغ من المال لأمر واذن ثالث فى مكان آخر وفى ميعاد محدد أو عند الاطلاع. والآمر يسمى الساحب Tireur، والمأمور بالدفع يسمى المسحوب عليه Tiré، ومن يدفع له المبلغ يسمى الحامل Porteur أو المستفيد أو الآخذ Bénéficaire, préneur .

ويجب أن تستوفى الكمبيالة جميع البيانات الشكلية والجوهرية التى نص عليها القانون لتعتبر عملا تجاريا والا كانت تعهدا مدنيا . والكمبيالة الصحيحة تعتبر عملا تجاريا بطبيعته أيا كان أولو الشأن فيها، أى سواء أكان ساحبها تاجرا أم غير تاجر، وسواء أكان المسحوب عليه أو الحامل أو المستفيد تاجرا أم غير تاجر أيضا . ولا فرق فى اعتبارها تجارية بين أن تكون الكمبيالة ناشئة عن عمل مدنى أو تجارى ، لأنها تعتبر تجارية لمجرد شكلها كما يقول تالير .

وقد نص المشرع الأهلى على الكمبيالة فى المادة ٢ فقرة ٦ ت ا وأعطاها الحكم المتقدم . أما المشرع المختلط فلم ينص عليها أصلا . ولكن ذلك على ما يظهر حصل منه سهوا ، لأنه عقد لها فصلا خاصا فى قانونه التجارى

كما فعل المشرع الأهلى . ولذلك انتهى [١] القضاء المختلط بعد تردد باعتبارها تجارية مهما كان سببها ومهما كانت صفة الأشخاص الذين وقعت بينهم ، فأصبح الحكم واحدا فى القانونين .

٨٦ — (٤) السنـد الاذنى Billet à ordre — هو تعهد من شخص بدفع مبلغ من المـال لأمر واذن شخص آخر فى ميعاد محـدد أو عند الطلب . وقد نص المشرع الأهلى على اعتباره عملا تجاريا فى حالة واحدة ، وهى حالة ما اذا كان السند محررا لسبب أعمال تجارية بغض النظر عما اذا كان من أمضاه تاجرا أم غير تاجر (المـادة ٢ فقرة ٧) . انمـا اذا كان من أمضاه تاجرا فيفترض أنه امضاه بسبب يتعلق بتجارته ، أى أن السند يفترض فيه فى هذه الحالة أنه عمل تجارى الى أن يثبت أن امضاءه كان بسبب عمل لا يتعلق بتجارة من أمضاه . وأما اذا كان من أمضاه غير تاجر فلا يفترض فيه أنه عمل تجارى ولا انه عمل بسبب عمل تجارى إلا إذا أثبت ذلك من يدعيه[٢] . وهذا هو الذى يؤخذ أيضا من نص القانون المختلط فى المـادة ٨ ت م التى تقضى بأن السندات الممضاة من تاجر أو ممن يدير أموالا عمومية تعتبر أنها متعلقة بتجارته الا اذا كان مبينا فيها سبب آخر . ومع ذلك فالقضاء المختلط ذهب فى أحكام كثيرة الى القول باختصاص المحاكم

---

(١) انظر بو پيكوفر نمرة ٢٣ ص ١٢ ، س م ١٨٧٦/٣/٢٩ ج ر ١ ص ٨ وقد كان اعتبر أن الكمبيالة الممضاة من غير تاجر ليست عملا تجاريا . أما الأحكام التالية فقـد ذكرت أنها تعدل عن ذلك الحكم وتعتبر مجرد امضاء الكمبيالة فى جمـيع الأحوال عملا تجاريا س م ١٨٧٧/٤/٢٦ ج ر ٢ ص ٣٠٦ ، ١٨٩١/١٢/٢ ج ت م ٤ ص ٢٨ ، ١٩٣١/٤/١٥ ج ت م ٤٣ ص ٣٥٢

(٢) س ١٩٢٠/١٢/٢٧ ، ١٩٢٧/١١/١٥ محاماة ، ص ١٣ نمرة ٧ ، ٨ ص ١٨٧ نمرة ١٤١

التجارية بالسندات الاذنية فى جميع الأحوال[١] ، ما عدا السندات الممضاة من النساء والزراع المصريين الذين لا يشتغلون بالتجارة باسمهم الخاص. وبذلك أصبح لا فرق بين الكمبيالة والسند فى نظره من جهة الاختصاص . ويلاحظ أن الكمبيالات الممضاة من النساء والزراع لا تعتبر طبقا للمادة ١١٤ ت م عملا تجاريا ، فاستثناء المحاكم المختلطة لسندات النساء والزراع من عداد الأعمال التجارية إمعان فى تشبيه السند بالكمبيالة من حيث الصفة التجارية.

أعمال لم يذكرها المشرع

٨٧ — (١) الشيك Chèque — لم يذكر القانون التجارى الأهلى أو المختلط الشيك ضمن الأعمال التجارية كما ذكرا السند الاذنى ، وكما ذكر الأول الكمبيالة ، بل لم يرد لفظ الشيك أصلا فى أية مادة من مواد القانون التجارى أو غيره. ولكن مع ذلك ورد فيه ذكر الحوالات Les assignations أو التحاويل أو التوكيل المتضمن أمرا بالدفع فى ثلاث مواد فى كل من القانونين الأهلى

---

(١) س م ٢/١٢/١٨٩١ مج ت م ٤ ص ٢٨ الذى سوى بين السند والكمبيالة حتى ولو كان سببه مدنيا ، س م ١٣/١١/١٨٩٣ مج ت م ٦ ص ٥٩ ، ١٢/١٢/١٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ١٩٤ الذى قضى باختصاص المحكمة التجارية بدعوى سند اذنى محرر لسبب مدنى بحت ، ١٤/٣/١٨٧٨ مج ر ٣ ص ١٤٥ وكان خاصا بسندات أو بونات Bons وجعلها من اختصاص المحاكم التجارية . ومع ذلك فقد ذهب بعض الأحكام الحديثة الى التفرقة التى أشار اليها المشرع المختلط فى المادة ٨ أى أنه لا يعتبر السند عملا تجاريا إذا ثبت أنه محرر لأسباب تتعلق بشخص التاجر الذى أمضاه لا بتجارته . وهذا الحكم صدر فى ٥/١/١٩١٠ مج ت م ٢٢ ص ٨٤ وكان مطلوبا من المحكمة أن تعلن افلاس التاجر لامتناعه عن دفعه وتبين لها أن التاجر ترك التجارة من زمن بعيد وأن السند تحرر فى هذه المدة ولم يكن خاصا بتجارته فرفضت اعلان الافلاس . ولكن يلاحظ أنها لم ترفض الاختصاص .

والمختلط (١٩١ — ١٩٨/١٩٣ — ٢٠٠ ت ا م) . وقد قام خلاف كبير بين الكتاب على ما اذا كانت هذه المواد قصد بها المشرع الكلام على الشيكات أم لا . ويظهر أن الرأى الغالب علما وقضاء [1] هو اعتبار أن هـذه المواد تقصـد الشيكات ولو المشرع لم يذكرها باللفظ . وعلى كل حال فالشيك ورقة تجارية . وهذا مستفاد من المـادة ١٩٩/١٩٢ ت ا م .

بقى أن نعرف هل يعتبر الشيك عملا تجاريا فى حكم السند أو فى حكم الكمبيالة ، أى هل يعتبر تجاريا فقط اذا كان محررا لأعمال تجارية وبسببها ، أم انه يعتبر تجاريا لمجرد شكله سواء أ كان من أمضاه تاجرا أم غير تاجر وسواء أ كان متعلقا بعمل تجارى أم لا ؟

وهنا نلاحظ أن الكتاب المصريين كانوا مجمعين [2] على أنه يعتبر عملا تجاريا فى حكم السند ، أى أنه لا يكون تجاريا الا اذا كان صادرا من تاجر بمناسبة تجارته ، أو من غير تاجر بسبب أعمال تجارته ، كمن يدفع ثمن أسهم اشتراها بقصد المضاربة بهـا بواسطة شيك على مصرف أو غيره . ولكن بعضهم عدل عن رأيه [3] خصوصا بعد أن اشترك مع بعض العلماء الفرنسيين فى وضع مؤلفات عن القانون التجارى المصرى ، وأصبح يعتبر الشيك عملا تجاريا لمجرد شكله أيا كان أولو الشأن فيه وأيا كان سببه .

---

(١) عبد الفتاح السيد بك الأوراق التجارية بند ١٤٣ ص ١٣٨ دكتور صالح ٢ بند ١٣٦ ص ١٣٠ واسكندرية المختلطة ١٩١٥/٤/٣ ج ٥ ص ١٥٥ نمرة ٣٩١ ، ١٩١٥/١/٢٠ ج ٥ ص ٤١ نمرة ٨٦

(٢) عبد الفتاح السيد بك الأوراق التجارية نمرة ١٤٧ ص ١٤٠ — ١٤١ ملش ص ١٤٢ ، صالح ١ بند ٢٥

(٣) ملش وقال بند ٧ ص ٤٣

واننا نلاحظ أن الشيك ، وان كان يقرب فى شكله كثيرا من الكمبيالة ، لأنه عبارة عن أمر من شخص الى آخر بدفع مبلغ من المال الى ثالث ولكن فى نفس البلد ، الا أنه فى الواقع يختلف من وجوه جوهرية عن الكمبيالة ، اذ هو ليس إلا أداة وفاء لا أداة ائتمان كما هى الكمبيالة . ومقابل الوفاء فى الشيك يجب أن يكون موجودا وقت سحب الشيك خلافا لمقابل الوفاء فى الكمبيالة . ويمكن لساحب الشيك أن يرجع عن أمره باخطار المصرف أو المسحوب عليه الشيك بعدم الدفع ولا يكلف المسحوب لأمره الشيك عند رجوعه على الساحب أن يتخذ طريق البروتستو المنصوص عنه فى الكمبيالة ، بل يصح له اثبات المطالبة بكافة طرق الاثبات التجارية (١٩٩/١٩٢ ت ا م) . زد على ذلك أن استعمال الشيك أصبح شائعا لا بين التجار فقط بل بين غيرهم ، ولا يكاد يوجد شخص يدفع لآخر مبلغا محترما بغير الشيك لسهولة التعامل به وقلة الخطر منه ، فلو قلنا باعتبار الشيك عملا تجاريا فى جميع الأحوال لترتب على ذلك أن عددا كبيرا جدا من الموظفين والأعيان والملاك يعتبرون قائمين بأعمال تجارية فى كل مرة يسحبون فيها نقودا من البنك بشيك أو يدفعون دينا بشيك على البنك ، وهو غير معقول. ان الشيك كان معروفا فى القانون السارى فى مصر قبل الاصلاح القضائى والتشريعى ، أى فى الشريعة الاسلامية وهى مصدره فى التشريع الأوروبى [1] من الوجهة التاريخية . ومع ذلك إذا كانت المواد ١٩١ — ١٩٣ / ١٩٨ — ٢٠٠ ت ا م تفسر على أنها قصدت الشيكات ، وما دام التشريع المصرى نقل عن التشريع الفرنسى فيجب الرجوع الى هذا الأصل لمعرفة متى يعتبر الشيك تجاريا ومتى لا يعتبر . والتشريع الفرنسى

---

(١) البارون توبه فى محاضراته بلاهاى السابق الاشارة اليها وهو يؤكد مستندا إلى مصادر عدة أن أوروبا مدينة للعرب بكثير من النظم التجارية ومنها السند أو التوكيل Mandat-cheque والكمبيالة والموازين التى تصلح للاستعمال الدولى والبوصلة والعملة وغيرها (مجموعة معهد لاهاى سنة ١٩٢٦ ص ٣٩٤ هامش ١٨ على ص ٥١٦) ولعل لفظ شيك محرف من لفظ صك.

الخاص بالشيكات وقت وضع القانون المصرى هو قانون ١٨٦٥/٦/١٤ الذى يقضى بأن الشيك لا يعتبر عملا تجاريا إلا اذا كان ساحبه تاجرا وسحبه لأغراض تجارية . ويلاحظ أن صرف الشيك من جانب البنك يعتبر عملا تجاريا بالنسبة للبنك دائما لأنه من أعمال البنوك .

٨٨ — (٢) الشركات Sociétés — الغرض هنا الكلام على الشركات التجارية . والشركة التجارية هى التى تتكون لغرض تجارى كالمضاربة فى المحصولات أو البضائع أيا كانت ، أو تداولها كشركات النقل ، أو المضاربة فى النقود كالبنوك . ولا فرق بين أن تكون الشركة شركة مساهمة أو تضامن أو غير ذلك من أنواع الشركات التجارية . ويلاحظ أن الشركات العقارية فى مصر لا تعتبر شركات تجارية[1] وان اتخذت شكل مساهمة خلافا لما عليه الحال فى فرنسا بعد سنة ١٨٩٣

لم يذكر المشرع الشركات ضمن الأعمال التجارية التى سردها فى المادة ٢/٢ — ٨ ت ا م ، ولكنه مع ذلك أفرد لها فصلا خاصا فى كل من القانونين التجاريين الأهلى والمختلط . ولذلك فلا نزاع فى أن عقد الشركة وكل ما ينشأ عنه من المنازعات بين الشركاء يعتبر عملا تجاريا ما دام الغرض من الشركة تجاريا[2] . وليس ذلك فقط بل ان الشركة لما كانت تعتبر شخصا اعتباريا فوق كونها عقدا ، فان هذا الشخص يعتبر تاجرا لاحترافه القيام بأعمال

---

(١) س م ١٩١١/٦/١٤ مج ت م ٢٣ ص ٣٦٣ وكان خاصا بشركة لاستغلال منجم مكشوف Minière .

(٢) الحكم السابق اذ قرر أن صفة الشركة تتوقف على الغرض منها فلا تعتبر تجارية الا اذا كان الغرض منها عملا تجاريا و بالمعنى نفسه س م ١٩١٣/٣/٢٠ ج ٣/١١٩ — ٢٦٣ ، ١٩١٤/٢/٤ ج ٢١٨/٨٧/٤ ، س م ١٨٨٩/١/٢ مج ت م ١ ص ٣٧٨ الذى قضى بأن كل نزاع ينشأ عن عقد تجارى أو فى تنفيذه يخضع للمحاكم التجارية .

تجارية[١] ، ولذلك يجوز الحكم بافلاسها . و يعتبر الاشتراك فى الشركات ذات الحصص أو شركات الأشخاص عملا تجاريا[٢] كما يعتبر الاكتتاب فى أسهم شركات المساهمة أيضا عملا تجاريا ولوكان المكتتب غير تاجر . ومع ذلك يوجد خلاف بين الكتّاب فى فرنسا على تجارية الاكتتاب سنعرفه عند الكلام على شركات المساهمة فى الكتاب الثانى .

ولكن يلاحظ أنه اذا كان الاكتتاب فى أسهم الشركات يعتبر عملا تجاريا بطبيعته ، فان شراء الأسهم من السوق لا يعتبر فى حد ذاته عملا تجاريا ولوكان المشترى تاجرا ، الا اذا كان الغرض شراءها بقصد بيعها والمضاربة على فرق السعر فيدخل ذلك فى باب الشراء بقصد البيع . ومثل الموصى فى شركة توصية كمثل من يكتتب فى أسهم شركة مساهمة[٣] .

و يلاحظ أيضا أن وظيفة مدير الشركة لاتكفى لاعتباره تاجرا ما لم يكن شريكا فى الشركة ، كما يحصل فى شركات الأشخاص مثلا ، فانه يعتبر تاجرا لهذا السبب . ولكن الأعمال التى تصدر من المدير غير التاجر تخضع لاختصاص المحاكم التجارية ما دامت داخلة فى أغراض الشركة[٤] .

أما العلاقات بين الشركة والغير فهذه تخضع للقواعد العامة بالنسبة لكل علاقة على حدة ، فاذا اشترت الشركة من الغير أو باعت له فان العمل من جانبها يعتبر تجاريا طبعا ما دام من أغراضها . أما من الجانب الآخر فقد يكون العمل تجاريا بالنسبة له أو غير تجارى على حسب ظروفه .

---

(١) س م ١٩٠١/٤/٢٠ مج ت م ١٣ ص ٢٦١ وكان فى شركة مساهمة للنقل وقضت المحكمة بأنها تعتبر تاجرة .

(٢) س م ١٩٠٩/٦/٢٣ مج ت م ٢٠ ص ٣٨٨

(٣) نقض فرنسى ١٨٩٩/١١/٧ داللوز ٣٦٩/١/١٩٠١

(٤) س م ١٩٠٨/٥/٢٧ مج ت م ٢٠ ص ٢٥١

٨٩ — (٣) التأمين البرى Assurance — لم ينص عليه المشرع أيضا سواء فى الأهلى أو فى المختلط. ومع ذلك فقد حكمت المحاكم باعتباره عملا تجاريا دائما من جانب المؤمن Asureur[1] سواء أكان فردا، وهو مالا يحصل عادة أم شركة للتأمين، كما هو الغالب عملا. واعتبر تجاريا قياسا على التأمين البحرى الذى نص عليه المشرع فى المادة ٢/٣ ت ام. أما من جانب المؤمَّن Assuré فالتأمين قد يكون عملا تجاريا بالنسبة له وقد لا يكون، بحسب ما اذا كان تاجرا وقام بالتأمين لأغراض تتعلق بتجارته كالتأمين على محله التجارى أو على بضاعة مرسلة منه مثلا، أو كان غير تاجر ولم يقم به لغرض تجارى كتأمين الشخص على حياته أو على منزل سكنه أو سيارته وهكذا. وسنشرح أنواع التأمين وأحكامها بشكل أوسع عند الكلام على التأمين البحرى فيما يلى (بند ١٠٨).

٩٠ — (٤) القرض Prêt — القرض اذا كان حاصلا من بنك، ويدخل فى هذا المعنى بنوك التسليف على رهونات، يعتبر بلا نزاع عملا تجاريا من جانب البنك لأنه من عمليات البنوك الأساسية. وهى كلها تجارية من جانب البنك بغض النظر عما اذا كانت النقود المقترضة ستستعمل فى أغراض تجارية أم لا، وبغض النظر عما اذا كان المقترض تاجرا أم لا. وبهذا القدر يمكن القول بأن المشرع ذكر القرض ضمنا فى عداد الأعمال التجارية عند ما نص على أعمال البنوك اطلاقا. ولكن القرض كثيرا ما يحصل فى الحياة التجارية من غير البنوك. بل هو شائع فيها شيوع البيع والشراء. فهل يعتبر القرض الحاصل من الأفراد عملا تجاريا بطبيعته بالنسبة للقرض؟ وهل اذا اعتاد شخص على إقراض الغير بفائدة واستغنى بذلك عن أى عمل آخر يعتبر تاجرا؟

---

(١) س م ١٨٩٠/١/٢٩ مج ت م ٢ ص ٣٦٠

أجابت المحاكم المختلطة باستمرار بالنفى على هذين السؤالين ، وقررت أن تسليف النقود على رهون منقولة أو ثابتة ليس فيه شيء من الصفات القانونية للتجارة ومن يتعاطاه لا يعتبر تاجرا[1] . وان اعتياد التسليف على رهون لا يجعل ممن اعتاده تاجرا ، لأن عملية التسليف عقد من العقود المنصوص عليها فى القانون المدنى ، وليست مضاربة على شراء أو بيع أشياء يمكن تسميتها بضائع[2] . ونرى من باب أولى أن الأمر يكون كذلك اذا كان التسليف بدون رهن سواء بفائدة أو بدون فائدة . ولكن عملية التسليف تعتبر تجارية اذا حصلت بين تاجرين لأغراض تجارية ، أو بالأحرى لا تعتبر العملية من جانب المقترض عملا تجاريا الا اذا كان تاجرا يتسلف للاستعانة بالسلفة فى أغراض تجارية [3] . ويرى الأستاذان ڤال وملش[4] أنها تعتبر تجارية تبعا للغرض من السلفة بغض النظر عن كون المقترض تاجرا أو غير تاجر ، فاذا كان الغرض من السلفة استخدامها فى عمل تجارى كانت السلفة تجارية تبعا له .

٩١ — (٥) الرهن والكفالة — هذان العملان من الأعمال التبعية ، لأنهما يحصلان تأمينا على الدين ، ولذلك نتركهما للكلام عليهما عند الكلام على نظرية التجارية بالتبعية .

---

(١) س م ١٨٩١/١/٨ مج ت م ٣ ص ١٢٢

(٢) مج ر ١٨٧٧/٥/١٦ س م/٢ ص ٣٥٢ وأما حكم ١٨٩٧/١٢/٣٠ فقد كان خاصا ببنك التسليف على رهونات ، ولكن المحكمة لم تكتف بالقول بأن عملية التسليف تعتبر فى هذه الحالة من أعمال البنوك بل قالت ان طبيعة الأعمال التى يقوم بها تقضى باعتبارها تجارية .

(٣) قارن س م ١٨٩١/١٢/٣ مج ت م ٤ ص ٣٧ ؛ وتفترض التجارية فى كل قرض يحصل بين تاجرين مالم يثبت أن القرض عقد لغرض مدنى س م ١٩٠١/٤/٢٥ مج ت م ١٣ ص ٢٦١ ؛ ١٨٩٨/٣/١٦ مج ت م ١٠ ص ١٩٧

(٤) ملش وڤال بند ٧٢ ص ٤٦

٩٢ — (٦) الإفلاس Faillite — ذكر المشرع المختلط الافلاس في مادة خاصة هي المادة ٦ ، وقال ان كل ما يتعلق بالافلاس طبقاً للنصوص عليه في القانون التجاري يعتبر من اختصاص المحاكم التجارية .

ولكن المشرع الأهلي لم يذكر الافلاس . ومع ذلك فلا نزاع في أنه يعتبر في القانون الأهلي أيضا من المسائل التجارية. فقد أفرد له المشرع الأهلي فصلا طويلا في القانون التجاري . الا أننا نلاحظ أن هذه المسائل لها أهمية خاصة من جهة الاختصاص بالنسبة للمحاكم المختلطة لوجود محاكم تجارية بها . أما بالنسبة للمحاكم الأهلية فأهمية اعتبار الافلاس وما ينشأ عنه من المسائل التجارية لا تظهر بالنسبة للاختصاص اذ لا توجد محاكم تجارية في النظام الأهلي .

ويلاحظ أن المحاكم التجارية المختلطة تعتبر مختصة بطلب الافلاس وجميع إجراءاته وكل ما ينشأ عنه من دعاوى بطلان أو غيرها ما دامت متعلقة مباشرة بالتفليسة ، ولو كانت هذه الدعاوى مدنية بطبيعتها . أما اذا لم تتعلق بها مباشرة ولم تنشأ عنها ولم يرجع سببها اليها فتظل خاضعة للقضاء المدني المختص . فدعوى طلب رفع الأختام عن محل ليس ملكا للفلس تعتبر متعلقة مباشرة بالتفليسة وناشئة عن حكم الافلاس[1] . ودعوى السنديك ببطلان رهن أوقعه المفلس على ماله في فترة الشك ، أو ببطلان أي تصرف آخر حصل منه في هذه الفترة مما نص عليه قانونا [2] ودعواه بطلب استرداد بضائع

---

[1] س م ١٨٧٨/١١/٢٨ مج ر ٤ ص ٢١

[2] ١٨٨٢/٥/١٢ مج ر ٧ ص ١٧٨ ، ١٨٨٩/٢/٢٨ مج ت م ١ ص ٢٦٠ ، ١٨٩٥/٣/١٣ مج ت م ٧ ص ١٨٨ ، س م ١٩٠١/١٢/١٢ مج ت م ١٤ ص ٤٧

المفلس التى تسربت الى غيره بطريق الغش (١)، كل هذه تعتبر تجارية ومتعلقة مباشرة بالتفايسة . ولكن دعوى الاسترداد المرفوعة من الغير على السنديك بشأن منقولات مملوكة للغير والمنازعات الخاصة بترتيب حقوق الرهن والامتياز على عقار المفلس تعتبر غير متعلقة مباشرة بالتفليسة وغير ناشئة عنها . ولذلك لا تكون من اختصاص المحكمة التجارية (٢) .

ثانيا — الأعمال التجارية بالتبعية

Actes de commerce par accessoire

٩٣ — نص المشرع الأهلى على الأعمال التجارية بالتبعية فى الفقرة التاسعة من المادة ٢ منه، وهى تشمل بحسب نص هذه الفقرة جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار Négociants والمتسببين Marchands والصيارفة Banquiers والسماسرة Courtiers ما لم تكن مدنية بطبيعتها أو بحسب نص العقد .

وهذا النص يقابله نص الفقرة السادسة من المادة ٢ مختلط التى تتكلم عن جميع التعهدات الواقعة بين الأشخاص المذكورين آنفا، أو بين المتعهدين بادارة أوراق الدين العمومى، سواء أكانت على الحكومة المحلية أو على الدول الأجنبية، ماداموا عاملين بأوصافهم هذه أى بصفة كونهم تجارا أو متسببين أو صيارفة أو سماسرة أو متعهدين بادارة أموال عمومية . و إذا كان هناك فرق فى التعبير بين النصين فان معناهما واحد ، لأن عبارة التعهدات فى النص المختلط تساوى

---

(١) س م ١/٢/١٨٩٤ مج ر ١٩ ص ١١٦، مج ت م ٦ ص ١٣٢

(٢) س م ١٧/٦/١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٣٩٢ ، ٢١/٢/١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ١٤٨ ، ٧/٦/١٨٧٧ مج ٣٧ ص ٣٩٥

عبارة العقود والتعهدات فى النص الأهلى، بل إن وجود لفظ العقود فى الأهلى لاحاجة اليه لأن التعهدات تشمل العقود، إذ هى أعم منها. واذا كانت المادة الأهلية قد اشترطت لتكون التعهدات بين المذكورين تجارية ألا تكون مدنية بطبيعتها أو بحسب نص العقد فهذا المعنى هو نفس المعنى الملحوظ فى عبارة "ماداموا يعملون بأوصافهم" الواردة فى النص المختلط .

وعلى ذلك يكون الغرض فى القانونين أن التعهدات التى تقع بين التجار والمتسببين والصيارفة والسماسرة ، وفى المختلط ، من المتعهدين بادارة أوراق الديون العمومية أيضا لا تعتبر تجارية إلا اذا كانت متعلقة بأعمالهم وصفتهم التجارية ، أى أنها لا تكون تجارية الا تبعا لكونهم تجارا ولكونها متعلقة بتجارتهم .

أما لو كانت مدنية بطبيعتها أو بحسب نص العقد ولم يكن لها اتصال بعملهم التجارى فإنها تعتبر تجارية . والعبرة بكونها صدرت من تاجر. فشراء التاجر ملابس لنفسه أو مأكولات لمنزله لايعتبر عملا تجاريا .وقد أكد ذلك المشرع المختلط بنص خاص هو نص المادة ٧ ت م، الذى قضى فيه بعدم اختصاص المحاكم التجارية بنظر الدعاوى التى ترفع على التاجر بطلب دفع أثمان مأكولات أو غلال أو بضائع اشتراها لاستعماله الخاص . وهذه الحالة تدخل تحت قول المادة الأهلية "ما لم تكن مدنية بطبيعتها"؛ لأن التاجر فى شراء ما يحتاج اليه شخصه أو منزله لا يعتبر مضاربا ولا وسيطا بل مستهلكا. وقد عرفنا فى صدر الكتاب أن الاستهلاك خارج عن نطاق التجارة والقانون التجارى. وكذلك لا يعتبر أعمالا تجارية بالتبعية شراء التاجر منزلا لسكنه أو حانوتا يقوم فيه بتجارته أو ورشة يجرى فيها صنعته ولا استئجاره شيئا من ذلك لهذا الغرض ، لأننا عرفنا أن المعاملات العقارية خارجة عن

دائرة تطبيق القانون التجارى ، أى أنها مدنية بطبيعتها أو بحسب نص العقد فلا يمكن أن تلحقها صفة التجارية بالتبعية[١].

٩٤ — منشأ نظرية التجارية بالتبعية — قد أخذ المشرع الأهلى كما أخذ المشرع المختلط بنظرية التجارية بالتبعية جريا وراء الكتّاب والمحاكم فى فرنسا ، لا تقليدا للقانون الفرنسى . وقد أحسنا بذلك صنعا ، لأن نص القانون الفرنسى المادة ٦٣٢ تجارى فقرة ٧ ذكر التعهدات بين التجار والصيارف والمتسببين على اطلاقها . وقد خشى الكتّاب أن تنصرف هذه العبارة الى جميع ما يقع من التجار من التعهدات ولو لم تكن متعلقة بتجارتهم أو كانت مدنية بطبيعتها ، فيخرج القانون التجارى بذلك عن حدوده المعقولة [٢] ، ولذلك لجأوا الى نظرية التبعية التى أخذ بها عنهم القانون المصرى وبين حدودها فى الفقرتين المذكورتين من المادة ٢/٢ ت ا م . وقد كان الداعى الى تقرير نظرية التجارية بالتبعية اعتبارات عملية أكثر منها قانونية ، خصوصا وأن الأعمال التبعية تدخل ضمنا فى حساب التاجر عند تقدير ربحه وخسارته ، فهى لا تخلو أيضا من عامل المضاربة [٣] .

٩٥ — الأعمال التى تنصب عليها نظرية التجارية بالتبعية — بحسب نص الفقرتين المذكورتين آنفا تنصب التجارية بالتبعية على جميع

---

(١) تالير وبرسيرو بند ٧٠ ص ٥٩ — ٦٠ وشيرون بند ٣٩ ص ٣٤ . ومن رأى هذا الكاتب أيضا أن اتفاق التاجر مع مقاول على اقامة بناء لهذا الغرض أى ليقيم فيه محله التجارى لا يعتبر تجاريا بالتبعية من جانب التاجر. ويرى هذا الكاتب أيضا أن هذا هو رأى القضاء فى فرنسا . ولكن ليون كان ورينو (بند ٣٨) يريان عكس هذا فيما يتعلق باتفاق التاجر مع المقاول على البناء .

(٢) شيرون بند ٣٥ ص ٢٢ — ٢٣

(٣) ملش وقال ص ٦٠

التعهدات الواقعة بين التجار وغيرهم ممن ذكروا فيها، بشرط أن تكون متعلقة بتجارتهم وألا تكون مدنية بطبيعتها أو بحسب نص العقد .

فهى اذن تشمل التعهدات الناشئة عن : (١) عقد، (٢) شبه عقد، (٣) جنحة ، (٤) شبه جنحة .

(١) العقد Contrat — يعتبر من الأعمال التجارية بالتبعية كل عقد يتصل بتجارة التاجر، كالتعاقد على شراء محل تجارى أو بيعه ، لأن شراء المحل التجارى قد يكون أول خطوة فى قيام التاجر بتجارته ، و بيعه قد يكون آخر خطوة أو آخر عمل يقوم به متصلا بتجارته [١] .

ويدخل فى شراء المحل التجارى أو بيعه البضائع الموجودة فيه واسم المحل وشهرته وصلته بالعملاء أى الزبائن وحق ايجار المكان الذى يحمل اسم المحل وعلامات الصناعة والتجارة وشهادات الاختراع التى لصاحبه ، أو بعض هذه العناصر فقط ، على حسب نية كل من البائع والمشترى .

ويعتبر كذلك من الأعمال التجارية بالتبعية التعاقد على شراء الدفاتر التجارية اللازمة للمحل والمركبات أو السيارات لنقل البضائع الواردة أو الصادرة منه أو لتوصيلها الى محـلات عملائه ، وكذلك شراء المكاتب والمقاعد اللازمة لموظفيه أو للعملاء بالمحل وشراء الطاولات والرفوف وغيرها مما يلزم لترتيب البضاعة ، وكذلك التعاقد على تأمين البضاعة أو المحل من الحريق أو غيره ، وتأمين الموظفين أو المستخدمين أو العمال بالمحل ، وشراء المواد الغذائية اللازمة لهم أو العلف اللازم للدواب التى يستعملها فى النقل أو فى المصانع ، وهكذا .

---

(١) محكمة باريس ١٨٤٩/١١/١٢ سيرى ٥٧٧/٢/٤٩

وكذلك يعتبر عملا تجاريا بالتبعية تعاقد التاجر مع شركات النقل البرى والبحرى على نقل بضائعه أو شرائه تذاكر للسفر فى أعمال تتعلق بأعمال تجارية. كما يعتبر تجاريا تعاقد التاجر مع محام على الدفاع فى قضية أو استفتاؤه فيها وعقد استخدام موظفيه من جانبه، وتعهده بدفع مرتباتهم وأجورهم [1].

(٢) شبه العقد Quasi contrat — يقال إن هناك شبه عقد إذا قام شخص بعمل ترتب عليه منفعة لآخر، فيلتزم كل منهما كما لو كان هناك عقد بأن يتم القائم بالعمل عمله وبأن يدفع له الآخر ماحصل عليه من المنفعة. وهذا يحصل فى القانون المدنى فى حالتين: حالة أعمال الفضولى Gérant d'affaires، وحالة دفع شىء لآخر بغير استحقاق Paiment de l'indu. ففى الحالة الأولى يلزم الفضولى باتمام عمله، وله مطالبة من انتفع بالعمل بما حصل عليه من المنفعة. وفى الحالة الثانية يكون له حق استرداد مادفعه للآخر بغير استحقاق، ويجب على الآخر أن يرده إليه.

ويمكن تصور شبه العقد فى القانون التجارى فى حالة دفع قيمة الكمبيالة بالواسطة كما لو استحق ميعاد دفع الكمبيالة فلم يدفع المسحوب عليه قيمتها، وجاء آخر غير ملزم بدفعها ودفعها، فله حق الرجوع على ساحبها بالقيمة. وكذلك فى حالة حصول أحد التجار من آخر على مبلغ يزيد على ما له عنده من الحساب خطأ فله استرداده. وإذا حصّلت احدى شركات النقل مصاريف زيادة على مايستحق لها، أو دفع شخص ثمن بضاعة اشتراها تاجر، كان التزام التاجر برد الزيادة التى أخذها كنتيجة لخطئه، والتزام الشركة برد ما حصّلت من المصاريف أو الرسوم أكثر مما يجب، والتزام مشترى

---

(١) س م ١٦/٣/١٨٩٨ مج ت م ١٠ ص ١٩٨

البضاعة برد الثمن لمن دفعه، كلها التزامات تجارية بالتبعية نتيجة لشبه العقد الذى وقع بينهما (١) .

(٣) الجنحة — كل عمل يقع من شخص على آخر عمدا بقصد اضراره يقال له جنحة مدنيـة ، وقد يكون معاقبا عليه أيضا إذا اعتبر العـمل جريمة بحسب قانون العقوبات. وفى كلتا الحالتين يتحمل من وقع منه العمل مسئولية مدنية قبل من أصابه الضرر تتلخص فى التزامه بتعويض الضرر. وهذا الالتزام يعتبر تجاريا بالتبعية إذا كان واقعا من التاجر أثناء قيامه بتجارته أو بسببها أو من مخدومه(٢) كذلك، فلو عمد التاجر الى مزاحمة تاجر آخر مزاحمة غير مشروعة(٣) فإن التزامه بتعويض الضرر الناتج من المزاحمة يعتبر التزاما تجاريا ، وكذلك

---

(١) تالير بند ٥٦١ ونقض فرنسى ٥/٢/١٩٠٧ سيرى ١٩٠٧/١/٥٠٣ ، الدكتور صالح ١ ص ٢٩ وانظر ملش وفال بند ١٠٧

(٢) مصر المختلطة ٢٢/٤/١٩١١ ج ١/١١٣ بو پيكوفر نمرة ٤٦ ص ٦

(٣) س م ١٤/٤/١٨٨٧ ج ر ٢ ص ١٣٥ ، ١٥/١/١٩١٤ ج ٤/٦٠/١٤٢ — س م ٢٤/٤/١٩٠٧ ج ت م ١٩ ص ٢١٦

يلاحظ أن جرائم تقليد ماركات الصناعة والتجارة والنماذج والرســوم التجارية وشهادات الاختراع يترتب عليها فى فرنسا التزامات مدنية فقط لاتجارية بحسب نص قوانين فرنسية خاصة صدرت بذلك فى ٥/٦/١٨٤٤ (مادة ٣٤) بشأن شهادات الاختراع وفى ٢٣/٦/١٨٥٧ (مادة ١٦ أ) بشأن ماركات الفابريكات وعلامات التجارة وفى ١٤/٧/١٩٠٩ (مادة ٢) بشأن النماذج والرسوم (شيرون بند ٤٠ ص ٢٤ وتالير بند ٧٢ ص ٦٠ — ٦١) .

و يلاحظ أن التعويضات عن الحوادث التى تقع للعمال فى المصانع والمحال التجارية (قانون ٩/٤/١٨٩٨ ، ١٢/٤/١٩٠٦) أصبحت من اختصاص المحاكم المدنية الجزئية وكذلك فى حالة الحوادث اليومية وفى حالة الايرادات المدنية .

وكذلك الدعاوى بين صاحب المحل ومستخدميه طبقا لقانون ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ فانها أصبحت من اختصاص مجالس تجارية خاصة (شيرون بند ٤٠ ص ٢٤) ، (تالير بند ٦٦ ص ٥٨) .

المسئولية التي تقع عليه بسبب أعمال مستخدميه أو موظفيه التي تحدث ضررا للغير أثناء قيامهم بالخدمة ، وكما لو قذف التاجر في حق تاجر آخر أو أعلن ما يحط من شأنه أو أساليبه في التجارة أو يلقي الشك على أمانته أو ذمته وهكذا .

(٤) شبه الجنحة — هي كل عمل غير مقصود وترتب عليه ضرر للغير . والالتزام الناتج من مثل هذا العمل بتعويض الضرر الذي يحدثه للغير يعتبر التزاما تجاريا بالتبعية اذا كان متعلقا بعمله التجاري ، كما لو صدمت عربة التاجر التي تنقل بضائعه أحد المارة أو عربة أخرى فحطمتها ، فالتزام التاجر بتعويض الضرر الناشئ من الاصابة يعتبر التزاما تجاريا . كذلك الاصابات التي تصيب أحد العمال في المصنع يعتبر الالتزام بتعويضها تجاريا من جانب صاحب المصنع أو المحل التجاري .

٩٦ — اثبات التجارية بالتبعية — يفترض القانون في المادة ٢ فقرة ٩ / ٢ فقرة ٦ ت ا م أن جميع تعهدات التجار تجارية إلا اذا كانت مدنية بطبيعتها أو بحسب نص العقد ، أي أنها تعتبر متعلقة بعمله التجاري . فعلى التاجر الذي يدعي أنها غير متعلقة بعمله التجاري أو أنها مدنية بطبيعتها أن يثبت ذلك ، وليس عليه أن يثبت أنها تجارية[1] لأن ذلك مفروض . يؤيد هذا نص المشرع المختلط في المادة ٨ ، التي لا مقابل لها في الأهلي ، على أن السندات

(١) انظر تالير وبرسيرو بند ٦٩ ص ٥٩ ، صقيل ص ١٥٩ ، ليون كان ورينو ص ٥٣ ، س م ١٨٩٧/١٢/٣ مج ت م ١٠ ص ٧٦ — وقد تكون العملية بطبيعتها مدنية كما لو كانت خاصة بعقار فتنتفي هنا الصفة التجارية بدون حاجة الى اثبات س م ١٩٠١/٤/٢٠ مج ت م ١٣ ص ٢٦١ وانظر أيضا ١٨٩٨/٣/١٦ مج ت م ١٠ ص ١٩٧ ، س م ١٨٨/٣/٧ ، بوريللي ٢٠١ الذي قضى بأن مجرد اتصاف شخص بصفة تاجر كاف لاعتبار جميع تعهداته تجارية الا اذا أثبت أنه لم يكن لتعهده أدنى صفة تجارية . وانظر كذلك س م ١٨٩٥/١/١٠ مج ت م ٧ ص ٨٠

الممضاة من تاجر أو متعهد بادارة أموال عمومية تعتبر أنها أمضيت لأسباب تتعلق بتجارتهم مالم يكن مبينا فيها سبب آخر (قارن المادة ٦٣٨ فقرة ٢ ت ف). ومقتضى هذا أنها إذا كان مبينا فيها مايثبت للمحكمة أنها مدنية وغير متعلقة بتجارتهم فلا تكون تجارية، أما اذا لم يبين فيها ذلك فإن المشرع يفترض أنها تجارية . وعلى التاجر اذا ادعى العكس أن يثبته .

٩٧ — هل يمكن أن يعتبر العمل التجارى بطبيعته مدنيا بالتبعية —؟ كما أن العمل المدنى بطبيعته اذا ألحق بعمل تجارى يعتبر تجاريا بالتبعية، فكذلك العمل التجارى يجوز أن ينقلب الى عمل مدنى اذا كان لاحقا أو تابعا لعمل مدنى . وقد رأينا من ذلك الشيء الكثير عند الكلام على الشراء بقصد البيع . فرأينا مثلا أن الرسام الذى يشترى قماشا والحفار الذى يشترى رخاما لا يعملان عملا تجاريا لأن شراء القماش والرخام عمل وان كان فى الأصل تجاريا ، لأن الرسام والحفار يقصدان بيع ما اشترياه بعد عمل الرسم أو حفر التمثال ، إلا أنه يعتبر مدنيا لأن العمل الأصلى للرسام أو الحفار هو الرسم أو الحفر، وهو عمل مدنى بطبيعته فيكون العمل الملحق به عملا مدنيا وان كان فى الأصل تجاريا .

وكذلك الزارع الذى يقوم بتحويل المواد الناتجة من زراعته بالصناعة أو الذى يشترى ماشية لتربيتها ثم بيعها لا يعمل عملا تجاريا ، إلا إذا أصبحت الصناعة أو تربية الماشية هى مهنته الأصلية والزراعة تابعة لها[1].

وكذلك يتحوّل الدين التجارى الى دين مدنى إذا تعهد بدفعه غير تاجر ، كما لو تعهد زارع بدفع ديون ولده التاجر. وبالعكس يتحول الدين المدنى الى دين تجارى بتجديده ، كأن يدخل فى حساب تجارى بين تاجرين ، أو بامضاء كمبيالة به من جانب من عليه الدين .

---

(١) قارن حكم محكمة نيم فى ٢٢/٦/١٩١٧ دالوز ١٩١٨/٢ ص ٢٠ الذى قضى بأن من لا ينتفع بالأرض كمالك أو مستأجر بل يتخذ منها مزرعة لتربية الماشية للانتاج يعمل عملا تجاريا .

١٩٨ — هل تسرى نظرية التجارية بالتبعية على التعهدات التى تحصل من غير تاجر بمناسبة قيامه بعمل تجارى ؟

إذا اشترى غير تاجر بضائع بقصد بيعها فعمله يعتبر عملا تجاريا بطبيعته. ولكن هل يعتبر اتفاقه مع شركة سكة حديدية على نقل البضائع المشتراة الى مخازنه أو تأمينه عليها من الحريق مثلا عملا تجاريا بالتبعية كما لو كان تاجرا ؟ هذه المسألة خلافية بين الكتاب . فيرى بعضهم[١] أن الأعمال التابعة لعمل تجارى إذا قام بها غير تاجر لا تعتبر تجارية بالتبعية . ويعتمدون فى ذلك على نص المادة ٢/٢ ت ا م فقرة ٩، ٦٦٩ ، ٦٣٢ فقرة ٧ ت ف التى تتكلم عن "التعهدات بين التجار والمتسببين والصيارفة الخ" ، إذ يؤخذ منها أن المشرع أراد أن يوجه نظرية التجارية بالتبعية الى الأعمال التى تصدر من التجار فيما يتعلق بتجارتهم .

ويرى البعض الآخر[٢] اعتبار العمل التابع تجاريا ما دام العمل الأصلى الذى يتعلق به عملا تجاريا ، سواء أكان القائم به تاجرا أم غير تاجر . وحجة هذا الفريق أن المشرع عند ما وضع القانون التجارى راعى فيه أن يكون قانونا موضوعيا لا شخصيا[٣] .

الرهن التجارى والكفالة — ويضيف أصحاب الرأى الأخير أيضا تأييدا لرأيهم أن المشرع نص فى المادة ٩١/٨٢/٧٦ ت ا م ف على اعتبار الرهن تجاريا اذا حصل تأمينا على عمل تجارى سواء أكان الراهن تاجرا أم غير تاجر،

---

(١) شيرون بند ٣٨ ص ٢٤ وقال بند ١٠٠ ، وهذا أيضا هو ما يؤخذ من تالير وبرسيرو لأنه تكلم عن التجارية بالتبعية تبعا للكلام على التجار .

(٢) ليون كان ورينو بند ٣٩ ص ٥٠ ولاكور بند ٦٥ ص ٤٩

(٣) ذهنى بند ١٠٦ و ١٠٧ وعلى الخصوص ص ١١٣

وهذا يدل على أن المشرع رأى أن تكون العبرة فى التجارية بالتبعية هى بصفة العمل الأصلى لا بصفة القائم به .

ولكن يرد على هاتين الحجتين أولا بأن القانون التجارى ليس قانونا موضوعيا فقط بل هو شخصى أيضا كما سبق لنا بيانه (بند ٤٦ — ٤٧) ، وثانيا يرد بأن نص المادة ٢ فقرة ٢/٩ فقرة ٦ ت ا م نص عام وصريح فى لفظه بأن التجارية بالتبعية لا تنصب إلا على أعمال التجار فقط المتعلقة بتجارتهم . ولا يمكن لذلك أن يناقضه نص المادة ٨٢/٧٦ ت ا م الذى اعتبر الرهن تجاريا اذا حصل تأمينا على عمل تجارى سواء أكان الراهن تاجرا أم غير تاجر، لأن هذا النص استثنائى وخاص بحالة معينة وتصرّف واحد من تصرفات التجار التبعية ، ولذلك لا يجوز أن يعتبر قاعدة يقاس عليها . ومما يؤيد ذلك أن الكفالة — وهى لا تختلف عن الرهن فى كونها تحصل تأمينا للدين وفى كونها تابعة له — متفق على عدم اعتبارها تجارية ، حتى ولو كان الدين المكفول بها دينا تجاريا ، وحتى لو كان المدين المكفول تاجرا . نعم إن الكفالة تعتبر عملا تجاريا بصفة استثنائية فى حالتين وهما [1] :

(١) اذا كان للكفيل مصلحة شخصية فى الدين .

(٢) اذا كان محترفا بالكفالة [2] .

---

(١) س م ١٠/٦/١٩١٤ ج ١٧٩/٤ — ٤٢٩ بو بيكوفر رقم ٥٦ ص ٧ ، ٢٧/٤/١٨٩٥ مج ت م ٢٣ ص ٢٣٤ ، ١٦/٣/١٨٩٨ مج ت م ٢٣ ص ٢٠٦ ، ٢٧/٤/١٩٠٥ مج ت م ١٨ ص ٢٣٤ ، ١٣/١/١٩١١ مج ت م ٢٣ ص ١١٣ ، طنطا الأهلية ٢٠/٤/١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ١٠٣ رقم ٦٤ وقارن س ١/٨/٣/١٩٠٨ مج ٩ رقم ١٢٥ ، س م ٢١/١٢/١٩٢٧ مج ت م ٤٠ ص ٩١ وكان فى كفيل صالح بين المفلس ودائنيه .

وانظر س باريس ٢٥/١٠/١٩٢٥ بدرمانى ٢/١٢/٦٣ ومع ذلك قارن س ١١/١٢/١٩٢١ محاماة ٢ ص ١٣ نمرة ٧

(٢) س م ١٣/١/١٩٢٦ مج ت م ٣٨ ص ١٧٦ ، ١٠/١/١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ٤١٣ وانظر ملش وقال بند ٧٦

ولكن هذان الاستثناءان ذاتهما يؤيدان وجهة نظرنا لأن الكفالة إنما اعتبرت تجارية فى هاتين الحالتين بسبب صفة الكفيل وعلى الخصوص فى الحالة الثانية . ولذلك يجب القول بأن التعهدات التى تحصل من غير تاجر بمناسبة عمل تجارى يقوم به لا تلحقها صفة التجارية بالتبعية .

ثالثا — الأعمال التجارية المختلطة*

Actes de commerce Mixtes

٩٩ — الأعمال التجارية سواء أكانت بطبيعتها أم بالتبعية قد تكون كذلك بالنسبة لكل من المتعاقدين . كما لو اشترى تاجر أقمشة ما يحتاج اليه منها من المصنع الذى تنسج فيه . ففى هذه الحالة يعتبر شراؤها عملا تجاريا من جانب التاجر ، لأنه شراء بقصد البيع . ويعتبر بيعها تجاريا من جانب المصنع ، لأنه متعلق بالمصنوعات ، أو لأنه اشتراها بقصد بيعها بعد نسجها الى قماش .

ولكن ليس من الضرورى لاعتبار العمل تجاريا أن يكون كذلك من جانب كل من المتعاقدين ، بل يكفى أن يكون كذلك من جانب أحدهما فقط . وفى هذه الحالة يقال عن العمل التجارى إنه مختلط ، لأنه تجارى من جانب ومدنى من جانب آخر . ومن الأمثلة على هذه الأعمال ما يأتى :

(١) اذا باع الزارع قطنه لتاجر قطن فبيعه لا يعتبر عملا تجاريا . ولكن شراء التاجر له يعتبر عملا تجاريا من جانبه .

---

* تالير وبرسيرو بند ٤٠ ص ٣٤ — ٣٦ ، شيرون بند ٤١ ص ٢٥ ، ليون كان ورينو بند ٢٥ ص ٣٢ — ٣٣

(٢) شراء طربوش من مصنع الطرابيش المصرى يعتبر مدنيا من جانب المشترى وتجاريا من جانب المصنع .

(٣) اقامة عمارة، اذا كان المقاول متعهدا بتوريد الأدوات والمهمات، عمل تجارى من جانب المقاول، ومدنى من جانب صاحب العمارة، حتى ولو كان تاجرا، وحتى لو كان أقامها بقصد أن ينشئ فيها محله التجارى (بند ٩٤ آنفا) .

١٠٠ — المشاكل التى تثيرها الأعمال التجارية المختلطة — اذا كان العمل تجاريا من جانب كل من المتعاقدين فلا نزاع فى أن القضاء التجارى فى المختلط يكون مختصا به، وفى أن القانون التجارى فى كل من النظامين الأهلى والمختلط هو الذى يسرى حكمه عليه . ولكن اذا كان العمل مختلطا أى تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين مدنيا بالنسبة للآخر فالى أية محكمة يرفع النزاع بشأنه فى المختلط ؟ المحكمة المدنية أم التجارية ؟ وبأى قانون يقضى فيه سواء فى الأهلى أو فى المختلط أبالقانون المدنى أم بالتجارى ؟ وبأية الطرق يثبت ؟ أبطريقة الاثبات المقررة فى المدنى أم بكافة طرق الاثبات طبقا للقاعدة المتبعة فى المسائل التجارية ؟ لا نتعرض لهذه المسائل هنا ؛ فسيأتى الكلام عليها فى حينه عند الكلام على الاختصاص وطرق الاثبات فى المواد التجارية .

(ب) الأعمال التجارية البحرية

١٠١ — نص المشرع على الأعمال التجارية البحرية فى الفقرات ١٠ — ١٦ من المادة ٢ ت أ وفى المادتين ٣ و ٤ ت م . وهذه الأعمال باتفاق العلماء لم ترد على سبيل الحصر، بل على سبيل المثال والدلالة، لأن المشرع الأهلى فى الفقرة ١٤ والمشرع المختلط فى الفقرة ٦ مادة ٣ (٦٣٣ فقرة ٦ ت ف) بعد أن ذكرا عددا معينا بالذات من الأعمال التجارية البحرية، عادا فعمما

الحكم بالنسبة " لجميع العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية " . ولا شك أن فى هذا دليلا آخر لنا على أن الأعمال التجارية البرية هى الأخرى لم ترد على سبيل الحصر . اذ لا فرق بين هذه الأعمال من هذا الوجه وبين الأعمال التجارية البحرية . وسيلحظ القارئ فيما يلى أن الأعمال التجارية البحرية ، كالأعمال التجارية البرية ، قد تكون كذلك بطبيعتها أو بالتبعية أو مختلطة ، وان كنا لن نذكر هذه الأعمال تحت هذا التقسيم لضرورة اتباع طريقة الايجاز التى أشرنا الى سببها فيما مضى (بند ٥٥) .

والأعمال التجارية البحرية التى ذكرها المشرع هى :

١٠٢ — أولا — كل تعهد بانشاء سفينة أو شرائها أو بيعها للسفر داخل القطر أو خارجه — هذا النص يشمل فى الواقع شيئين وهما :

(١) التعهد بانشاء سفينة — ويلاحظ أن المشرع عبر بلفظ تعهد Entreprise. ومعنى ذلك أنه يشترط لاعتبار التعاقد على انشاء سفينة عملا تجاريا أن يكون المتعهد محترفا بصناعة انشاء السفن . والتعهد بانشاء السفينة يعتبر عملا تجاريا بطبيعته من جانب المتعهد، ولا يعتبر تجاريا من جانب صاحب السفينة إلا اذا كان يوصى بانشائها للاتجار بها أو لاستعمالها فى النقل ، كأن يكون شركة ملاحة أو فردا يشتغل بالنقل البحرى من طريق تأجير سفنه لنقل بضائع السياح . ويعتبر التعهد بانشاء سفينة عملا تجاريا بطبيعته من جانب المتعهد ، ولو لم يكن مكلفا بتوريد الأدوات والمهمات اللازمة للانشاء من قبله ، كما لو اقتصر تعهده على توريد العمال أو الأيدى العاملة فى انشاء السفينة وتعهد المالك بتقديم الأدوات والمهمات من قبله [1] وذلك خلافا لما رأيناه فى حالة التعهد بانشاء مبان .

---

(١) ليون كان ورينو بند ٣٦ ص ٤٤

(٢) شراء السفينة و بيعها — يعتبر شراء السفينة و بيعها عملا تجار يا في نفس الظروف والأحوال التى يعتبر فيها الشراء بقصد البيع تجاريا [١] . فاذا كان الغرض من الشراء هو بيع السفينة والحصول على فرق الثمن، أو اذا كان الغرض هو تأجيرها للاستعمال أى للسفر ونقل البضائع أوالأشخاص فان العمل يعتبر تجاريا بطبيعته من جانب المشترى. واذا كان الغرض من شرائها هو استعمالها فى نقل بضائع المشترى التاجر وعملائه أو موظفيه كان شراؤها عملا تجاريا بالتبعية . أما اذا كان شراؤها بقصد استعمالها فى أغراض المشترى الخصوصية كأن تكون السفينة يختا اشتراه للنزهة فلا يعتبر عملا تجاريا .

ويعتبر بيع السفينة عملا تجاريا بطبيعته من جانب البائع اذا كان يدير مصنعا لانشاء السفن و بيعها، لأنه عمل متعلق بالمصنوعات، ولأنه يشترى طبعا المواد اللازمة لبنائها على أن يحولها بالصناعة الى سفن . أما اذا كانت السفينة مملوكة له وباعها كما لو خص الوارث من تركة مورثه سفينة فباعها فلا يعتبر عملا تجاريا . ويرى الكتاب أن بيع السفن بطريق المزاد لا يعتبر أصلا عملا تجاريا . ولكن المحاكم المختلطة تذهب على ما يظهر [٢] الى عكس هذا الرأى لأنها قضت باختصاص المحكمة التجارية دون سواها فى صحة الحجز الاستردادى الموقع على السفن .

ويلاحظ أنه لا فرق فيما يتعلق بالسفن ، سواء فى حالة التعهد بانشائها أو فى حالة شرائها وبيعها ، بين أن تكون السفينة معدة للسفر داخل القطر أو خارجه ، أى لا فرق بين السفن المعدة للملاحة الخارجية فى البحار الكبرى وبين المعدة للملاحة الداخلية فى الأنهار والبحيرات .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) س م ٧/٣/١٨٧٨ بوريللى ٢٠٤ ، مج ت م ٣ ص ١٤٠ بوپيسكوفر نمرة ١ ص ١٧

١٠٣ — ثانيا — كل شراء مهمات Agrès أو أدوات Apparaux أو ذخائر Ravitaillements أو بيعها — السفن وينصرف لفظ المهمات الى الأشياء المنقولة الملحقة بالسفينة واللازمة لتسييرها والتى لا تعتبر جزءا لا يتجزأ منها ، بل يمكن فصلها عنها بدون تلف أو كسر كالصارى (السارية ؟)(١) وكالمراسى والقلاع والحبال والهلب. والذخائر هى ما يلزم لتغذية من فى السفينة. ويعتبر هذا عملا تجاريا من جانب المشترى لأنه متعلق بسفر المركب وهو ضرورى للسياحة ولا تحصل بدونه فهو تجارى بالتبعية . أما من جانب البائع فلا يعتبر عملا تجاريا الا اذا كان يتجر فى هذه المواد، أى يشتريها أو يصنعها بقصد بيعها . أما من يورد للسفينة أدوات أو ذخائر من ملكه الخاص فلا يعمل عملا تجاريا طبقا للقواعد العامة .

١٠٤ — ثالثا — جميع الرسائل (الرحلات) البحرية Expéditions maritimes — ويقصد بها السياحات التى تقوم بها السفينة . وهى لا تعتبر عملا تجاريا سواء أكان الغرض منها نقل البضائع أم نقل الركاب إلا اذا كانت الرحلة نفسها تجارية (٢) . والرحلة تعتبر تجارية من جانب صاحب المركب

---

(١) السارية فى اللغة العربية هى الأسطوانة وتجمع على سوار مثل جارية وجوار (المصباح المنير ص ٤٢١ مادة سرى) و يظهر أن العامة حرفتها الى صارى وصوارى . ويظهر أن سارية المركب سميت بذلك لأنها أسطوانية الشكل .

(٢) س م ١٤/٦/١٨٩٩ ج ت م ١١ ص ٢٨٥ الذى قرر أن الرسائل (الرحلات) البحرية ليست بطبيعتها عملا تجاريا ولا تكون كذلك إلا اذا كانت السياحة لغرض تجارى . ولذلك لا يعتبر عمل مجلس الصحة البحرى والكورنتينات فى ترحيل مئات الحجاج من مكان حجزهم بالطور عملا تجاريا ، لأن الغرض من الترحيل متعلق بالمصلحة العامة والأمن العام . وكذلك لا تعتبر أعمال الدلالة Pilotage فى الموانى أعمالا تجارية ، ولا يمكن تشبيهها بعقود استخدام الملاحين وخدمة المراكب التجارية س م ٢٢/٥/١٩١٢ ج ٢ — ١٩٣ و بوبيكوفر رقم ٥ ص ١٧

وكذلك من جانب مستأجرها اذا كان تاجرا واستأجرها لنقل بضائعه أوموظفيه أو تابعيه على العموم . وكذلك تعتبر تجارية من جانب المسافر اذا كان تاجرا وسافر لأغراض تتعلق بتجارته . ولكنها لا تعتبر تجارية من جانب صاحب اليخت أو السفينة المعدة للنزهة ، ولا من جانب المسافر الذى يسيح لغير أغراض تجارته ، ولا من جانب أى شخص آخر غير تاجر يستأجرها لأغراضه الخاصة أو حتى لتنفيذ عمل تجارى على الرأى الصحيح الذى رجحناه فى نظرية التبعية .

ويلاحظ أن كل ما يتعلق بالرحلة يعتبر عملا تجاريا ما دامت الرحلة نفسها معتبرة عملا تجاريا. فصرف شركة الملاحة تذكرة سفر لأحد المسافرين يعتبر عملا تجاريا من جانبه لتعلقه بالرحلة[1] ، ومسئولية صاحب السفينة أو شركة الملاحة عن تعويض الضرر الذى يلحق بالمسافرين بسبب اهمال الربان أو البحارة أو الشركة نفسها تعتبر أيضا من المسائل التجارية وترفع الدعوى بشأنها على المسئول عنها أمام المحاكم التجارية . ولا فرق فى ذلك بين أن يكون رافع الدعوى هو المسافر الذى أصابه الضرر أو ورثته[2]. والخطأ فى تسليم الرسالة الى غير المرسل اليه يعتبر أيضا من المسائل المتعلقة بالرسائل البحرية وترفع الدعوى فيه على الشركة التابعة لها السفينة أمام المحاكم التجارية [3] . والاتفاق بين المرسل وشركة ملاحة على نقل بضائع سلمت اليها من المرسل لنقلها يعتبر عملا تجاريا من جانب الشركة وتخضع فيه لاختصاص المحاكم التجارية[4] . أما من جانب المرسل فيتوقف على ما اذا

(١) س م ٥/٣/١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٢٥١

(٢) المرجع السابق س م ٣/٦/١٨٩٦ مج ت م ٧ ص ٣٠٩

(٣) س م ١٧/٢/١٨٨١ بوريللى ٢٠٤ تع ٢٧/١٢/٢

(٤) المرجع السابق .

كان تاجرا والبضائع مرسلة فى غرض يتعلق بتجارته أم لا طبقا لنظرية التبعية وهكذا .

١٠٥ — رابعا — كل استئجار أو تأجير للسفن Affrêtement ou nolissement — تأجير السفينة من جانب صاحبها لنقل البضاعة أو الركاب يعتبر عملا تجاريا ولو لم يتكرر منه ، لأن المشرع لم يشترط فيه أن يكون متعهدا بالتأجير واكتفى بقوله " كل تأجير...... الخ " . ولكن استئجارها من جانب الراكب أو صاحب البضاعة لا يعتبر عملا تجاريا الا طبقا لنظرية التبعية . وهذا هو رأى القضاء فى فرنسا . ويرى بعض الكتاب أن المشرع لم يفرق بين استئجار السفينة للقيام بعمل ملحق بعمل تجارى وبين استئجارها لعمل مدنى ، بل عمم اللفظ وتكلم عن كل استئجار ، ولذلك يميلون الى القول بأن كل استئجار للسفينة مهما كان الغرض منه يعتبر عملا تجاريا (١) .

١٠٦ — خامسا — كل استقراض أو اقراض بحرى (أى القرض البحرى) Emprunt ou prêt à la grosse — يجوز لربان السفينة أن يقترض بضمانة السفينة أو ما فيها من البضاعة أو بضمانتهما معا كل ما يحتاج اليه من النقود لاصلاحها أو غير ذلك مما تدعو اليه الحاجة أثناء السفر ، على أن يرد القرض اذا وصلت السفينة أو البضاعة سالمة . أما اذا هلكت هى أو البضائع هلاكا كليا أو جزئيا فيضيع القرض وفائدته على المقرض ، بشرط أن يكون الهلاك بحادث جبرى أو بقوة قاهرة . وفى هذه الحالة يكون للقرض فقط حق الرجوع بالقرض وفوائده ولو زادت عن المقرر قانونا على ما

---

(١) ليون كان ورينو بندى ٣٦ ص ٤٥ ، ١٩٠٩ ص ٧٦٤

يمكن تنجيته من السفينة أو حمولتها (المادة ١٤٩ ت بحرى) . وقد كان هذا العمل معروفا عند الرومان باسم Nauticum fœnus وانتقل الينا منهم.

١٠٧ — سادسا — كل عقد تأمين من الأخطار البحرية (Assurance maritime) — التأمين عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى المؤمن (L'assureur) وقبل آخر يسمى المؤمَّن L'assuré باصلاح التلف الذى يصيب الأشياء المعرضة للأخطار البحرية ، وهى السفينة أو البضائع أو هما معا ، فى مقابل جعل معين يتقاضاه على أقساط Primes . ومن الأخطار البحرية الحريق والغرق والموت الفجائى . والتأمين على نوعين : [1]

(١) تأمين العلاوة[2] Assurance à prime وتقوم به فى الغالب شركة مساهمة لكل من يطلبه من الأشخاص الذين يشتغلون بالتجارة البحرية .

(٢) تأمين تعاونى أو على الأصح تبادلى Mutuelle — ويحصل فى حالة اشتراك عدة أشخاص فى التعرض لخطر بحرى . ولكى يضمنوا لأنفسهم تفادى الخسارة التى تلحق بهم من الخطر فى حالة وقوعه يتعهد كل منهم للآخر بدفع حصة معينة Cotisation لمقابلة الضرر . ويعتبر مجموع الحصص التى يقدمها كل منهم مالا عاما مشتركا تؤخذ منه قيمة التعويض اللازم لأحدهم أو لبعضهم فى حالة وقوع الضرر به ، فيكون كل منهم مؤمِّنا ومؤمَّنا فى وقت واحد.

والتأمين الجعلى يعتبر عملا تجاريا من الشركة القائمة به ، لأنها تضارب بالفرق بين الأقساط التى تحصلها وقيمة ما تدعى الى دفعه من التعويض عند

(١) تالير وبرسرو بنا : ٣ ص ٢٣

(٢) يسميه صالح (١ ص ٢٩) التأمين بجُعل . وتسميتنا أصح لأن الجعل فى اللغة معناه الأجر . وليس ما يأخذه المؤمن من شركة التأمين زيادة على ما دفعه من الأقساط اذا تحقق الخطر المؤمن منه أجرا بل علاوة .

حصول الضرر[١] . أما من جانب المؤمَّن فتتبع نظرية التجارة بالتبعية لمعرفة ما اذا كان التأمين يعتبر عملا تجاريا بالنسبة له .

أما التأمين التبادلى فلا يعتبر عملا تجاريا ، لأن المؤمِّنين والمؤمَّنين فى هذا العقد لايسعون الى المضاربة بل الى تجنب خسارة محتملة ، ولكن قد يصبح التأمين فى هذه الحالة تجاريا طبقا لنظرية التجارية بالتبعية اذا كان القائمون به تجارا وكان التأمين متصـلا بحياتهم التجارية أى بتجارتهم [٢] . وما يقال فى التأمين البحرى من حيث أنواعه وحكمه يقال فى التأمين البرى (انظر بند ٥١ آنفا) .

١٠٨ — سابعا — جميع العقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية — قلنا إن المشرع لم يقصد بما ذكره بالذات من الأعمـال التجارية البحرية أن يوردها على سبيل الحصر ، ولذلك بعـد أن انتهى من ذكرها نص على أن "كل عقد متعلق بالتجارة البحرية يعتبر عملا تجاريا حتى لا يكون هناك شك فى الموضوع " .

١٠٨ مكرر — الخسائر البحرية أو العَوَار[٣] Avaries — ولذلك تعتبر الخسائر البحرية من الأعمال التجارية فى القانون الأهلى ولو لم يذكرها فى تعداد الأعمال التجارية ، لأنها تدخل ضمنا فى الفقرة المذكورة فى آخر البند السابق . وقد ذكرها المشرع المختلط بالذات فى المـادة ٤ وقـرر اختصاص المحاكم

---

(١) ويرى تالير و برسيرو بند ٣٨ ص ٣٤ تشبيه شركات تأمين العلاوة بمكاتب الأشغال ويعتبر عملها تجاريا لنفس السبب ، أى باعتبارها وسيطا ، لا لأنها تضارب . يلاحظ أنه ليس من أنصار المضاربة .

(٢) ليون كان و رينو بند ٣٦ ص ٤٦

(٣) العوار فى اللغة بفتحتين يقال للزق والشق فى الثوب وغيره من أنواع التلف الذى يصيب الأمتعة والسلع . ولعل اللفظ الافرنجى تحوير من عوار .

التجارية بالنسبة لها [١] . ويعتبر من الخسائر البحرية كل الأضرار التى تصيب البضاعة أو المركب أوهما معا ، وكل النفقات غير الاعتيادية التى تنفق على إحداهما أو كلتيهما من الوقت الذى تبتدئ فيه الأخطار الى الوقت الذى تنتهى فيه طبقا الشروط الاتفاق، أوطبقا للمادة ١٦٨ بحرى اذا لم يوجد اتفاق (مادة ٢٣٥ ا م)

١٠٩ — ثامنا — عقود استخدام الملاحين والبحارة والمشارطات الخاصة بمرتباتهم وأجورهم — رأينا عند الكلام على الأعمال التجارية البرية أن عقود استئجار العمال اللازمين للمحال التجارية والمصانع لا تعتبر أعمالا تجارية بالنسبة لهم . فهل يتبع نفس الحكم فيما يتعلق بالتجارة البحرية ؟ إن المشرع ذكر من بين الأعمال التجارية البحرية كل اتفاق أو مشارطة على ماهيات الملاحين وأجورهم واستخدام البحريين فى السفن التجارية . ومن ذلك أخذ بعض الكتاب [٢] إن المشرع أراد أن يجعل هذه العقود تجارية حتى بالنسبة للملاحين والبحارة ، على عكس ما قرره بالنسبة لهم فى التجارة البرية . وكذلك يقال عن تعهد الملاحين بخدمة المراكب البحرية . ولا بد أن لعموم النص على تجارية المشارطات الخاصة بالملاحين تأثير فى هذا الرأى . ولكن هل هناك فى الواقع فرق بين الملاحين والبحارة وبين عمال محال التجارة البرية ؟

---

(١) وقد قضت المحاكم المختلطة بأن التصادم الذى يقع بين قاربين مخصصين للواصلات داخل المرفأ لا يعتبر من نوع الخسائر البحرية التى نصت المادة ٤ تم عليها ، ولذلك لا تختص به المحاكم التجارية س م ١٨٨١/٤/١٤ مج س ١١ ص ١٥١ بو بيكوفرص ١٨ تحت مادة ٤

(٢) ليون كان ورينو بند ٣٦ ص ٤٦ ، ومعه ملش وقال بند ١٠٣ .

الباب الثانى

فى التجار وفى القضاء والاثبات فى المواد التجارية

الفصل الأول

فى التجار

١١٠ — نتكلم هنا أولا على أهمية التمييز بين التاجر وغير التاجر، وثانيا على تعريف التاجر والشروط اللازم توافرها لكى يعتبر الشخص تاجرا، وثالثا على حرية التجار فى الاشتغال بالتجارة والقيود التى يمكن أن ترد عليها .

١١١ — أولا — أهمية التمييز بين التاجر وغيره — عرفنا فى مقدمة هذا الكتاب أن نصوص القانون التجارى ليست كلها موضوعية ، بل إن منها ما وضع ليسرى على التجار خاصة . وهذه الملاحظة تجمع فى ثناياها أهم عدد من الفروق بين التاجر وغيره وهى :

(١) قواعد الافلاس المنصوص عليها فى القانون التجارى لا تسرى إلا على التاجر، والافلاس نفسه نظام مقصور على التجار فلا يجوز إفلاس غير التاجر (المادة ١٩٥/٢٠٢ ت ا م) .

(٢) التجار وحدهم هم المكلفون بحفظ الدفاتر المنصوص عليها فى القانون فى المواد (١١ — ١٢/١٨ — ١٩ ت ا م) .

(٣) التجار وحدهم مكلفون باعلان الشروط المتفق عليها فى مشارطات زواجهم (المواد ٦ — ٢٠/١٠ — ٢٤ ت ا م) .

(٤) يشترط فى التاجر أهلية خاصة لمزاولة التجارة (المـادتان ٤ — ٥/١٠ — ١١ ت ا م) .

(٥) تسرى نظرية التجارية بالتبعية على أعمال التاجر المتعلقة بتجارته وان كانت هـذه الأعمال فى الأصل مدنية (المـادة ٢/٢ ت ا م، وراجع الشرح المتقدم لهذه النظرية بند ٩٣ وما يليه آنفا) .

(٦) يسرى على التاجر نظام الإثبـات التجارى (المـادتان ٢١٥/٢٨٠ و ١٣٤/٢٩٩ م ا م) .

(٧) يختار المحلفون للمحاكم التجارية فى القانون المختلط من التجار (المـادة ٢ ل ت م) وكذلك لا يتمتع بعضوية الغرف التجارية غير التجار (القـانون نمرة ١٤ سنة ١٩٣٣) .

(٨) يكلف التاجر[١] بقيد اسمه فى السجل التجارى، وقد صدر قانون السجل التجارى فى مصر بموافقة الجمعية العمومية (التشريعية) لمحكمة الاستئناف المختلطة فأصبح نافذا على الوطنيين والأجانب على حد سـواء وهو القانون نمرة ٤٦ لسنة ١٩٣٤ ولكنه لن ينفذ إلا بعد ثلاثة أشهر من تاريخ صدور اللائحة التنفيذية .

(٩) هل يوجد فرق بين التاجر وغير التاجر من حيث اختصاص المحاكم التجارية بالنسبة لكل منهما ؟ مثل هذا السؤال لا محل له فى القانون الأهلى لأنه لم يفرق بين القضاء التجارى والقضاء المدنى، أما فى المختلط فهذا السؤال فى محله لوجود قضاء تجارى مستقل عن القضاء المدنى. وقد نصت المـادة

(١) يلاحظ أن قانون السجل التجارى الجديد يجعل واجب القيد فى السجل التجارى مقصورا على التجار الذين لهم محل أو فرع فى القطر المصرى سواء أكانوا أفرادا أم شركات . أما الباعة المتجولون فلا يكلفون بقيد أسمائهم فى السجل (مادة ١)

الأولى فقرة ١ ت م على أن المحاكم التجارية مختصة فى جميع الخصومات المتعلقة بالعقود والمعاملات بين التجار. ولكن الفقرة الثانية منها نصت أيضا على أنها مختصة فى جميع الخصومات المتعلقة بالأعمال التجارية الحاصلة من غير التجار. وقضت المحاكم المختلطة بأنه لا يكفى لاختصاص المحاكم التجارية أن يكون الخصوم تجارا، بل يجب أن يثبت أن موضوع الخصومة تجارى (١) . وعلى ذلك فالفرق بين التاجر وغير التاجر ظاهر فى هذه الحالة .

١١٢ — ثانيا — فيمن هو التاجر والشروط اللازم توافرها فيه — نظرا للفروق والأحكام المتقدمة الخاصة بالتاجر يهمنا أن نعرف من هو التاجر حتى نجرى عليه أحكامه .

وقد ورد تعريف التاجر فى المادة ١ / ٩ ت أ م وهى تقضى بأن التاجر هو كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له .

ويؤخذ من هذا التعريف أنه يشترط فى الشخص لكى يكون تاجرا شرطان وهما: (أ) الاشتغال بالأعمال التجارية، (ب) اتخاذها حرفة معتادة، ويجب أن يضاف الى هذين الشرطين شرط ثالث يؤخذ من المواد ٤ — ٥/١٠ — ١١ ت أ م وهو (حـ) أن يكون أهلا للتجارة، وهاك تفصيل هذه الشروط :

(أ) الاشتغال بالأعمال التجارية — يخرج بهذا الشرط من عداد التجار من يشتغل بأعمال غير تجارية مهما كثرت أو تكررت منه ومهما اعتاد عليها، كمن يكثر من تسليف النقود على رهن منقول أو ثابت (٢) أو مهما ظهرت فيها روح المضاربة كمن يعتاد المضاربة فى شراء العقارات وبيعها فانه لا يعتبر تاجرا .

---

(١) س م/١٦/١١/١٨٧٦ بوريللى، تع ١/٨/١

(٢) س م ٢٨/٣/١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ١٧٩، س م ٢٥/٤/١٩٠١ مج ت م ١٢ ص ٢٦١

كذلك لا يعتبر تاجرا من يقوم مرة بعمل تجارى مهما كانت أهميته كشراء الزارع لقطن جاره بقصد بيعه [١] .

ولا يكفى لاعتبار الشخص تاجرا تكرّر صدور الأعمال التجارية منه وخضوعه من أجلها للحاكم التجارية[٢] ، لأن الشرط هو أن يكون مشتغلا بالأعمال التجارية . وعلى ذلك لو تعود زارع أو صاحب أملاك أن يسحب كمبيالات على مستأجريه لصالح دائنيه فانه لا يعتبر لذلك تاجرا ، وكذلك لو تعود أن يشترى أقطان جيرانه لبيعها فى موسم القطن فانه لا يعتبر تاجرا لمجرد ذلك ما دام لم يتخذ هذا العمل حرفة له كما سيظهر من الشرط التالى .

(ب) يجب أن يتخذ من الاشتغال بالتجارة حرفة معتادة له Profession habituelle — هذا هو الشرط الثانى الذى ذكرته المادة . وهو فى الواقع لا يضيف شيئا على الشرط الأول إلا أن يكون قول المادة " واتخذها حرفة معتادة له " بيانا أو تفسيرا للمعنى المقصود لها من عبارة الاشتغال بالتجارة . والواقع أنى لا يمكننى أن أجد فرقا بين قولى إنى مشتغل بالتدريس أو بالمحاماة أو بالتجارة وقولى إنى أتخذ التدريس أو المحاماة أو التجارة حرفة معتادة لى ، لأن كلتا العبارتين تفيد أن التدريس أو المحاماة أو التجارة هى المهنة التى يتكون منها مركزى وأبنى بها مستقبلى فى الحياة . وهذا هو ما يقصده بعض الشراح بقولهم أنه يشترط لاعتبار الشخص

---

(١) س م ١٠/٥/١٩٠٥ مج ت م ١٧ ص ٢٦١

(٢) س م ٣١/١٢/١٨٩٠ مج ت م ٣ ص ١٠٤

تاجرا أن يتخذ الأعمال التجارية وسيلة للارتزاق [١] بصفة ثابتة أو مستمرة ومنتظمة، وليست هناك قواعد قانونية يعرف بها متى يقال بأن الشخص اتخذ الاشتغال بالتجارة حرفة معتادة له . لأن المسألة مسألة وقائع يقدرها القاضى بحسب الأحوال ويحكم فيها بما يتراءى له . وقد أسلفنا فى بند ٥٣ أن التجارة لها روح خاصة تعرف بها فى مجال العمل وقد لا يمكن تعريفها نظريا بأى مقدار من الألفاظ . ومع ذلك فهناك بعض مسائل متفق عليها فى هذا الموضوع ولا بأس من إيرادها هنا لتقريب المقصود للفهم .

فهم متفقون على أنه ليس من الضرورى للاحتراف بالتجارة أن يكون الشخص منقطعا لها ، فيجوز أن يكون الشخص تاجرا وزارعا فى آن واحد كأن يقيم الزارع مصنعا أو مطحنا فانه يعتبر تاجرا فيما يتعلق بالمصنع أو المطحن[٢] .

وهم متفقون على أن الاحتراف بالتجارة لا يؤثر فيه كون الشخص ممنوعا منه طبقا للقوانين والأوامر السارية عليه . فالموظف يصح أن يحترف بالتجارة وتعتبر أعماله التجارية صحيحة ويعامل بمقتضى القانون التجارى فى كل ما يتعلق بها رغم كونه

---

(١) ملش وقال بند ١٢٦ وهذا التعبير سقيم لأنه يؤدى الى الخلط بين التجار وبين من يتخذ بعض الأعمال التجارية سببا من أسباب العيش وكسب قوت يومه كالصناع Artisans الذين هم أقرب الى العمال لأنهم يعيشون من كدهم ولا يعتبرون تجارا كما قدمنا فى التعهد بالمصنوعات .

(٢) ولكن مجرد قيام الزارع بعمل تجارى واحد لا يجعله تاجرا حتى ولو تكرر منه هذا العمل مالم يتخذه حرفة يعرف بها س م ١٠/٥/١٩٠٩ مج تم ١٧ ص ٢٦١ ، س ١٠/٥/١٨٩٤ ح ص ١٢١

ممنوعا من الاتجار قانونا ، وكذلك المحامى (١) . وإنما يعرض هؤلاء أنفسهم للمسئولية الادارية طبقا للقوانين الادارية السارية عليهم كلائحة الموظفين والمحاماة. ومثل الكهنة الذين تمنعهم قوانين الكنيسة من مزاولة التجارة(٢) كمثل المحامى والموظف .

وهم متفقون أيضا على أنه ليس من الضرورى للاحتراف بالتجارة أن تكون التجارة هى الحرفة الرئيسية للتاجر، كما أنه ليس من الضرورى إعلان الاحتراف بها وظهوره واشتهاره بين الناس، وإن كانت العلانية مما يفيد فى إثبات صفة التاجراذا حصل نزاع عليها.

وهم متفقون على أنه ليس من الضرورى لاعتبار الشخص تاجرا أن يقوم بالتجارة فى محل خاص أو باسم خاص ، بل يعتبر تاجرا لمجرد احترافه بها ولو لم يكن ذا محل . ومع ذلك فالغالب فيمن ليس له محل للتجارة أن يكون من طبقة يصعب تقييدها بالواجبات التى نص عليها، كما يصعب اعتبارهم تجارا لأنهم يسعون لكسب قوت يومهم لا للمضاربة والكسب مثل الباعة المتجولين فى الشوارع وبائعي الجرائد وما اليهم .

وهم أخيرا متفقون على أنه يجب لاعتبار الشخص تاجرا أن يكون محترفا بالتجارة لحساب نفسه مستقلا بها ، ولذلك لا يعتبر من التجار الكتبة والمستخدمون عند أصحاب المحال التجارية ولا مديرو الشركات التجارية الا اذا اشتغلوا بجانب وظائفهم بأعمال تجارية لحسابهم الخاص (٣) .

(١) طهطا ١٩٠٤/٧/٢٥ ح ٢٠ ص ٢٧٣
(٢) س م ١٨٩٩/٢/٢٨ مج ت م ١١ ص ١٢٢
(٣) س م ١٩٠١/١٢٧ مج ت م ١٤ ص ٢٣

١١٣ — (ج) الأهلية التجارية — لا يكفى أن يشتغل الشخص بالأعمال التجارية ويتخذها حرفة له ليصبح تاجرا ، بل يجب فوق ذلك أن يكون أهلا للتجارة . وهذا الشرط الثالث فيمن يعتبر تاجرا لم تشر اليه المادة ٩/١ ت أ م ولكنه وارد فى المادتين ٤ — ١٠/٥ — ١١ ت أ م . والأولى خاصة بأهلية القصر (١٠/٤) والثانية خاصة بأهلية النساء للتجارة (١١/٥) .

وبإزاء ذلك يهمنا أن نعرف متى يعتبر الشخص أهلا للتجارة أو بعبارة أخرى ما هى حدود الأهلية التجارية ، وهل هناك فرق بينها وبين الأهلية للتصرف فى المسائل المدنية ؟

وقبل أن ندلى بالشرح نلاحظ أن نقص الأهلية أو انعدامها قد يكون راجعا للسن أى الصغر وعدم قدرة الصغير على التمييز أو لعدم نضج الإدراك فيكون مميزا ولكنه غير قادر على إدراك الأمور على وجهها الصحيح لعدم اكتمال نموه العقلى ، وقد يكون راجعا الى ضعف القوى العقلية كما هى حالة المجنون والمعتوه والسفيه أو المبذر . وفى بعض البلاد قد يكون نقص الأهلية ناتجا من الزواج كما هى الحال فى البلاد اللاتينية كفرنسا وغيرها .

ولذلك نجد من اللازم لشرح الأهلية التجارية أن نفرق بين هذه الأحوال الثلاثة ونتكلم على كل منها على حدة ، وهى (١) حالة القصر ، (٢) حالة نقص الأهلية أو عدمها لضعف القوى العقلية أى حالة الحجر ، (٣) حالة المرأة المتزوجة .

١١٤ — (١) القصر — نتكلم هنا على حكم تصرفات القاصر فى المسائل المدنية ، ثم نبحث فى حكم تصرفاته التجارية أو بعبارة أخرى نبحث فى هل هناك فرق بين الاهلية المدنية والأهلية التجارية ؟ :

الأهلية المدنية — يجب أن نفرق هنا بين حكم الأهلية المدنية فى القانون الأهلى قبل تاريخ نفاذ قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ وبعده :

أولا — الأهلية المدنية فى القانون الأهلى — تقضى المادة ١٣٠ مدنى أهلى بأن الحكم فى الأهلية المطلقة والمقيدة يكون طبقا لقانون الأحوال الشخصية لكل من المتعاقدين ، أى طبقا لقانون الملة التابع لها كل منهم . وكانت السنّ المعول عليها فى المحاكم الشرعية هى ١٨ سنة هلالية أخذا برأى الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان صاحب المذهب المتبع رسميا فى مصر ، وقد أقر هذه السنّ قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٨٩٦ . وعلى الرأى القائل بأن مسائل الوصاية والحجر وما اليها كانت من اختصاص المجالس الحسبية وحدها طبقا لهذا القانون كانت هذه السنّ هى المعول عليها فى اعتبار الشخص قاصرا أو رشيدا سواء أكان مسلما أم غير مسلم . أما طبقا للرأى القائل بأن هذه المسائل كانت من اختصاص المجالس الملية بالنسبة لمن يتبعونها فكان تعيين سنّ الرشد متوقفا على قانون ملة الشخص ، فان كان مسلما كانت السن ١٨ سنة والا فيتبع قانون ملته .

حكمها بعد قانون المجالس الحسبية سنة ١٩٢٥ — نص هذا القانون على اختصاص المجالس الحسبية فى مسائل الوصاية والقوامة وغيرها بالنسبة للمصريين وكذلك بالنسبة للأجانب غير المتمتعين بالامتيازات والمتوطنين بالقطر المصرى (مادة ٣) ، ورفع سنّ الرشد بالنسبة لكل هؤلاء من ١٨ سنة هلالية الى ٢١ ميلادية كاملة . وعلى ذلك أصبحت سنّ الرشد واحدة لا بالنسبة لجميع المصريين مهما كانت ملتهم فقط ، بل بالنسبة للأجانب غير المتمتعين

بالامتيازات والمتوطنين بالقطر المصرى أيضا[١] . ويلاحظ أن هذا القانون لا يسرى حكمه على من بلغوا سنّ الرشد ببلوغهم ١٨ سنة هلالية قبل نفاذه، اذ ليس له أثر رجعى كما ورد فى مذكرته التفسيرية وطبقا للقواعد العامة خلافا لما ذهب اليه أحد العلماء المصريين[٢] من أنه يسرى رجعيا على كل من لم تكن سنه بلغت ٢١ سنة عند نفاذه .

وما دامت سنّ الرشد قد أصبحت واحدة بالنسبة لمن ذكرنا طبقا لقانون المجالس الحسبية الجديد فان نص المادة ١٣٠ م أهلى أصبح لا عمل له فى كل ما تعرض له ذلك القانون ، أى أنه أصبح لا محل للرجوع إلى ملة العاقد لمعرفة أهليته[٣] لأن ذلك القانون نص على الغاء كل ما يتعارض معه من الأحكام (مادة ٤٦) .

ثانيا — الأهلية المدنية فى القانون المختلط — نص القانون المدنى المختلط فى المادة ١٩٠ منه على أن الحكم فى الأهلية المطلقة أو المقيدة يكون بحسب قانون جنسية المتعاقدين . فاذا كان أجنبيا متمتعا بالامتيازات فان أهليته للتصرف يبينها قانون الدولة التابع لها بجنسيته : ولكن ما الحكم اذا كان مصريا أو أجنبيا غير متمتع بالامتيازات ؟ لا نزاع فى أن العاقد اذا كان مصريا يجب أن يحكم بأهليته اذا بلغت سنه احدى وعشرين سنة كاملة طبقا للقانون

(١) على أننا نلاحظ أن قانون المجالس الحسبية سواء لسنة ١٨٩٦ أو لسنة ١٩٢٥ لم يتعرض للولاية على الصغير . فبقيت هذه للمحاكم الشرعية والمجالس الملية كل فى حدود اختصاصه الا فى حالة واحدة وهى حالة سلب ولاية الأب أو الجد على أموال الصغير اذا أساء التصرف فى تلك الأموال ولحق برأس مال الصغير ضرر من تصرف الولى . فان كان سوء التصرف ليس بدرجة تبرر سلب ولاية الولى جاز للمجلس أن يمنعه من أن يتصرف الا باذن منه فى الأحوال التى لا يجوز فيها للوصى ذلك الا باذن .

(٢) ذهنى بند ١٢٨ وعكسه من رأينا عبد الفتاح السيد بك فى المحاماة ٦ ص ١٦٩

(٣) هذه المسألة لم يتعرض لها أحد قبلنا فيما نعلم .

الجديد، فيما عدا من بلغ سنّ الثامنة عشرة قبل نفاذه على الرأى الذى رجحناه. وليس للمحاكم المختلطة أن ترجع فى أهليته الى قانون ملته طبقا لنص المادة ١٣٠ مدنى أهلى ما دامت هذه المادة أصبحت معطلة بالمقدار الذى ذكرناه كما قدمنا ، ولأن قانون المجالس الحسبية الجديد أصبح قانون الجنسية بالنسبة للمصريين فى مسائل الأهلية ، وهى لا تملك أن تعترض على تشريع مصرى خاص بالمصريين .

أما اذا كان أجنبيا غير متمتع بالامتيازات فان فى المسألة صعوبة . ذلك أنها تدعى الاختصاص بالنسبة لهؤلاء الأجانب تعسفا[1] فى المسائل المدنية والتجارية . وبحسب قانونها المدنى يحكم فى الأهلية طبقا لقانون جنسيتهم . وقد يكون قانون جنسية الأجنبي غير المتمتع بالامتيازات متعارضا فى حكمه مع نص المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية . فمثلا فى الحجاز وتركيا يبلغ الشخص سنّ الرشد عند تمام السنة الثامنة عشرة من عمره فى حين أنه لا يبلغ فى مصر طبقا لقانون المجالس الحسبية الجديد إلا ببلوغه سنّ الحادية والعشرين . فاذا أخذت المحاكم المختلطة بالسنّ المقررة فى القانون المصرى تكون قد خالفت نص المادة ١٩٠ مدنى مختلط ، ولا يمكن أن يقال إن هذه المادة تعتبر ملغاة بالنسبة للأجانب غير المتمتعين بالامتيازات لتعارضها مع نص المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية، لأن المادة ١٩٠ مختلط لا يمكن إلغاؤها أو تعديلها إلا بالطريقة المتبعة فى التشريع بالنسبة للأجانب وهى عرض التشريع الملغى أو المعدّل لها على الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، وهو ما لم يحصل بالنسبة للمادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية . على أن هذه الصعوبة كلها سببها الوحيد هو تعسف المحاكم المختلطة

(١) راجع كتابنا فى مدخل القانون والنظام القضائى فى مصر (بند٢٢٨ ص ١٧٠ — ١٧١)

فى ادعائها الاختصاص بالنسبة للأجانب غير المتمتعين بالامتيازات . وهذه الحجج كلها تصبح ولا قيمة لها اذا رجعت الى الحق وعدلت عن دعوى اختصاصها بالنسبة لهم ، اذ لو سلمت بعدم اختصاصها الا بالنسبة للأجانب المتمتعين بالامتيازات ما كان لها أن تعترض على أى تشريع يمس غيرهم من الأجانب .

وبغض النظر عن هذه الحجج الشكلية البحتة نرى أن المحاكم المختلطة لا بد لها عمليا من أن تعترف بعدم أهلية الأجنبى غير المتمتع بالامتيازات والمتوطن بمصر اذا لم تكن سنه بلغت احدى وعشرين سنة طبقا للمادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية . وذلك لأنها تعترف باختصاص المجالس الحسبية بالنسبة لهؤلاء فى مسائل الوصاية والقوامة والوكالة اذ ليس لها هى اختصاص فى هذه المسائل ، ولا توجد هيئة أخرى فى مصر لها اختصاص فى هذه المسائل بالنسبة لهؤلاء الأجانب غير المجالس الحسبية . وهى فى اعترافها باختصاص المجالس الحسبية بالنسبة لهم لا تملك أن تنقض حكما أو قرارا تصدره هذه المجالس باعتبارهم قاصرين ووضعهم تحت الوصاية . فكيف يمكنها بعد ذلك أن تجيز تصرفا يقع من أجنبى غير متمتع بالامتيازات وموضوع تحت الوصاية بقرار من المجلس الحسبي بحجة أن قانون جنسيته يقضى بأنه بالغ ؟ إنها تناقض نفسها تناقضا بالغا تترتب عليه فوضى كبيرة فى حياة هذا الشخص ومن يتعاملون معه اذا هى فعلت ذلك . ولذلك لا بد من تسليمها بالحل الذى نقول به عملا ، ولا بد من القول بسريان المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية أمام المحاكم المختلطة على الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات رغم المادة ١٩٠ مدنى مختلط [1] .

---

(١) راجع كتابنا فى القانون الدولى الخاص الموجز بند ١٩٣ ص ٢٥٦ — ٢٥٧

١١٥ — أحوال الأهلية التجارية — تقضى المادة ٤ تجارى أهلى بأنه "يسوغ لمن بلغت سنه إحدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة . أما من بلغت سنه ثمان عشرة سنة كاملة وكان قانون أحواله الشخصية يقضى بأنه قاصر فلا يجوز له أن يتجر الا بحسب الشروط المقررة فيه ، وأما اذا كان القانون المذكور يقضى برشده فلا يتجر الا باذن "المحكمة الابتدائية".

ونص المادة ١٠ تجارى مختلط مطابق تماما للنص المتقدم، إلا أنه يشترط أن يكون الإذن من "محكمة التجارة". والسبب فى اختلاف النصين من جهة المحكمة التى تعطى الإذن هو عدم وجود محاكم تجارية مستقلة عن المحاكم المدنية فى النظام القضائى الأهلى ، ولذلك جعل القانون الأهلى الاختصاص فى إعطاء الإذن للمحكمة الابتدائية التى تنظر فى المسائل المدنية والتجارية فى آن واحد .

وقد وضعت هاتان المادتان فى وقت كان فيه سنّ الرشد المدنى فى المسائل المدنية ١٨ سنة، أى قبل نفاذ قانون المجالس لسنة ١٩٢٥. ولذلك يجب أن نفرق فى شرحهما بين الفترة السابقة لنفاذه والفترة اللاحقة له . ونلاحظ أن حكمهما قبل نفاذه يطبق حتما على الأشخاص الذين يسرى عليهم حكمه ممن بلغوا سن الثامنة عشرة قبل نفاذه واشتغلوا بالتجارة .

١١٥ مكرر — أحوال الأهلية التجارية قبل نفاذ قانون المجالس الحسبية لسنة ١٩٢٥ — لم يكن هناك فرق بين القانونين الأهلى والمختلط فى تطبيق المادتين ٤ / ١٠ ت ا م . وكلتاهما تفرق بين حالتين وهما :

(١) حالة من بلغت سنه احدى وعشرين سنة كاملة.

(٢) حالة من كانت سنه بين الثامنة عشرة والحادية والعشرين. ويمكن أن يضاف اليهما حالة ثالثة وهى :

(٣) حالة من لم تبلغ سنه الثامنة عشرة .

ولم تذكر إحداهما شيئا عمن لم تبلغ سنه الثامنة عشرة . ولكن حكم هذه الحالة يستفاد ضمنا من حكم الحالتين السابقتين ومن روح المادة وعلة التشريع التى دعت اليها . ولذلك يجب اعتبارها حالة ثالثة :

الحالة الأولى — من بلغت سنه احدى وعشرين سنة كاملة — هذا يعتبر أهلا للاتجار أهلية تامة غير مقيدة بشرط ما ، فيجوز له الاتجار و يعتبر تاجرا اذا اتخذ التجارة حرفة معتادة له ، و يجوز الحكم باشهار إفلاسه اذا عجز عن دفع ديونه ، و يصح اعتباره متفالسا بالتدليس أو بالتقصير بحسب أحواله . و يستوى فى ذلك المصرى والأجنبى متمتعا بالامتيازات أو غير متمتع بها ، كما يستوى فى ذلك من كان قانونه الشخصى أى قانون جنسيته أو قانون ملته يعتبره بالغا فى هذه السنّ أو قاصرا . فالفرنسى والانجليزى اللذان يعتبران بالغين فى سنّ الحادية والعشرين ، والنمسوى الذى يعتبر قاصرا الى أن يبلغ الرابعة والعشرين — كل هؤلاء يجوز لهم الاشتغال بالتجارة و يصبحون بذلك تجارا فى مصر ما دامت سنهم قد بلغت الحادية والعشرين كاملة . ولا فرق فى ذلك بين القانونين الأهلى والمختلط .

الحالة الثانية — من بلغت سنه الثامنة عشرة كاملة ولكنها لم تبلغ الحادية والعشرين — هذا إما أن يكون معدودا بحسب قانونه الشخصى بالغا بمجرد بلوغه سن الثامنة عشرة بدون حاجة الى شرط آخر ، كما هى الحال فى الحجاز وتركيا ، وإما أن يكون قاصرا كما هى الحال فى سويسرا التى تجعل سنّ الرشد عشرين سنة .

فاذا كان بالغا بحسب قانونه الشخصى فلا يجوز له الاتجار فى مصر إلا إذا حصل على إذن بالاتجار من المحكمة التجارية فى المختلط ومن المحكمة الكلية فى الأهلى (١) . والاذن يجب أن يطلب و يصدر صريحا من المحكمة المختصة و بعد أخذ رأى الهيئات والأشخاص الذين لهم علاقة بطالب الاذن .

(١) س م ٤/١٢/١٨٩٥ ج ت م ٨ ص ٢١ ، ٢٦/٤/١٩٢٢ ج ت م ٣٤ ص ٣٦٧

ولا يمكن أن يستفاد من أحكام صــدرت فى قضايا أخرى وفى غير هــذا الغرض (١). والمحكمة المختصة باصدار الإذن هى محكمة موطن القاصر فى مصر، ان كان متوطنا بها وإلا فمحكمة الجهة التى ينوى القيام بالاتجار فيها .

وأما اذا كان قاصرا بحسب قانونه الشخصى فقد قررت المــادة ٤/١٠ ت ا م أنه لا يجوز له الاشتغال بالتجارة فى مصر إلا طبقا للشروط المقررة فى ذلك القانون ، أى فى قانونه الشخصى . ولكن هل يكفى استيفاء هذه الشروط أم لا بد أيضا من حصوله على الإذن المشار اليه فى حالة الشخص البالغ بحسب قانونه الشخصى ؟

إن المــادة لم تذكر شرط الإذن فى هــذه الحالة ، ولذلك ذهب بعض الكتاب(٢) إلى القول بأن استيفاء الشروط المقررة فى القانون الشخصى كاف للاشتغال بالتجارة فى مصر ولا حاجة للحصول على إذن من المحكمة . أما نحن فلا نرى فى سكوت المــادة عن ذكر شرط الاذن فى هذه الحالة مايبرر هذا الرأى ، ونرى أن شرط الاذن فى هذه الحالة واجب أيضا(٣) من باب أولى ، لأن استيفاء الشروط المقررة فى قانونه الشخصى يجعله فى حكم البالغ على الأكثر، واذا كان البالغ لا يمكنه أن يشتغل بالتجارة فى مصر رغم بلوغه إلا اذا حصل على إذن من المحكمة ، فمن باب أولى من كان فى حكم البالغ فقط ، وإلا كان مركز هذا الأخير أحسن من مركز البــالغ حقيقة ، وهو ما لا يسوغه العقل ولا يمكن أن يحمل عليه غرض الشارع مادامت هناك مندوحة عن تحميله هذا الغرض غير المعقول من طريق التفسير .

(١) مصر التجارية ١٧ / ٦ / ١٩١١ ج ١/ ١٣٢

(٢) ملش ص ١٦٣

(٣) وهذا مايستفاد أيضا من الأحكام . انظر س م ٢٢/٤/١٩٠٣ ج ٢٥ ص ٢٥٣ وقد قررت فيه المحكمة أن الاذن بالاتجار المعطى من الولى لابنــه القاصر طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية لا يكفى لاعتباره تاجرا ولا لاعتبار أعماله تجارية ومن ثم لا يجوز اشهار افلاسه . وبهذا المعنى اسكندرية المختلطة ١٣/١/١٩١٣ ج ٣/٦٥ — ٩٨

الحالة الثالثة — من لم تبلغ سنه الثامنة عشرة — إذا كان من بلغت سنه الثامنة عشرة لا يجوز له الاتجار فى مصر إلا بشروط، وإذا كان الشخص لا يستكمل أهليته التجارية التامة إلا ببلوغ الحادية والعشرين فاهمال المشرع الكلام على من لم يبلغ الثامنة عشرة معناه أنه لا يجوز له الاتجار أصلا فى مصر خصوصا وأن مثل هذا الشخص طبقا للقانون المصرى وكثير غيره من القوانين لا يعتبر أهلا للتصرف فى المسائل المدنية وهى أقل خطورة عليه .

مغزى الأحكام المتقدمة — ويؤخذ من الأحكام المتقدمة أن المشرع لم يكتف فى الأهلية التجارية ببلوغ سنّ الرشد أى بالأهلية المدنية . ويظهر أنه نظر إلى ما فى التجارة من الخطورة على أموال القاصر والمجازفة بها فى المضاربات التجارية، فاحتاط لذلك وتطلب من الخبرة أكثر مما يكتفى به عادة فى التصرفات المدنية . ولذلك رفع سنّ الأهلية التجارية الكاملة إلى إحدى وعشرين سنة وقيد الأهلية الناقصة بين الثامنة عشرة والحادية والعشرين بقيود لضمان المصلحة واعتبر من لم يبلغ الثامنة عشرة فى حكم معدوم الأهلية بالنسبة للاعمال التجارية .

١١٦ — أحوال أهلية الاتجار بعد نفاذ قانون المجالس الحسبية الجديد — لم يؤثر هذا القانون بشىء فى المادة ٤ تجارى أهلى ولا فى المادة ١٠ تجارى مختلط فيما يتعلق بالحالتين الأولى والثالثة، بل بقى حكمهما بعده كما كان قبله . أى أن من بلغت سنه الحادية والعشرين يجوز له الاتجار فى مصر بدون قيد ولا شرط مهما كان قانونه الشخصى، سواء فى الأهلى أو فى المختلط . ومن لم تبلغ سنه الثامنة عشرة لايجوز له الاتجار فى مصر أصلا مهما كان قانونه الشخصى، وسواء فى الأهلى أو فى المختلط أيضا . وذلك لأن هذا القانون برفعه سنّ الرشد المدنى الى ٢١ سنة لم يفعل أكثر من أن سوى الأهلية المدنية بالأهلية التجارية . ومن كانت سنه دون الثامنة عشرة بقى على حاله من عدم الأهلية .

أما فيما يتعلق بالحالة الثالثة — وهى حالة من كانت سنه دون الحادية والعشرين وفوق الثامنة عشرة ، فان القانون الجديد يؤثر فيها إذا كان من المصريين أو من الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات والمتوطنين بمصر ، لأنه يسرى على هؤلاء سواء أمام المحاكم الأهلية أو أمام المحاكم المختلطة كما قدمنا (بند ١١٤ آنفا) . وقد أصبح هؤلاء بمقتضاه من القصَّر الذين لا تجوز لهم التصرفات المدنية فى الأموال أصلا، شأنهم فى ذلك شأن من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره[1]. ولذلك أصبحت المحاكم المصرية من أهلية ومختلطة لاتملك أن تسمح لهم بالاتجار فى مصر بإذن منها، لأن شرط الإذن إنما كان يعطى على أساس أن هؤلاء الأشخاص ، بالغين كانوا أو قاصرين ، يسمح لهم قانون أحوالهم الشخصية بالاتجار بشروط، وقد أصبحوا قاصرين لا يجوز لهم التصرف مدنيا فى شىء ما ولا يجوز لهم الاتجار بشروط أو بغير شروط . وعلى هذا يعتبر نص المادة ٤ تجارى أهلى ملغًى بالنسبة لهم لتعارضه مع نص المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية، ولا يمكن للمحاكم الأهلية أن تعطيهم إذنا بالاتجار اعتمادا على هذا النص الملغى . وكذلك أصبحت المحاكم المختلطة لاتملك أن تسمح لأحد منهم بالاتجار باذن منها، لأن قانون المجالس الحسبية أصبح هو القانون الذى يجب أن تنظر اليه بالنسبة لهم لمعرفة قصرهم وبلوغهم (بند ١١٤ آنفا). وما دام هذا القانون يجعلهم فى حكم من كانت

(١) لا يمكن أن نعارض فى ذلك بأن المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية تبيح للشخص البالغ سن الثامنة عشرة أن يأتى بعض أعمال ذكرتها ما لم يمنعه منها المجلس الحسبي كتأجير الملك لمدة لا تزيد على سنة ، وقبض الأجرة ، واجراء الترميمات اللازمة للعقار . لأن هذه الأعمال التى ذكرتها كلها من أعمال الادارة التى لا تتضمن تصرفا فى عين المال ، أما التجارة فتتضمن التصرف فى عين المال . ثم هى (أى التجارة) لم تذكر فى المادة ٢٩ التى يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا ولا يجوز التوسع فيها باضافة أعمال لم تذكرها لأنها واردة على خلاف الأصل وهو عدم الأهلية الى أن يبلغ القاصر سن الحادية والعشرين .

سنه دون الثامنة عشرة من حيث التصرف فى الأموال ولا يجيزه لهم أصلا، فقد امتنع أن تعطيهم الاذن المنصوص عليه فى المادة ١٠ تجارى مختلط [1] .

أما فيما يتعلق بالأجانب المتمتعين بالامتيازات فان الحكم بالنسبة لهم باق على حاله كما كان قبل صدور هذا القانون، لأنه لايسرى عليهم ولا يؤثر فيهم ما دام لم يعرض على الجمعية العمومية للمحاكم المختلطة ولم توافق عليه . لذلك يمكن لأحدهم أن يطلب الإذن بالاتجار ويجوز لها أن تسمح له به اذا استوفى شروطه .

وهنا يجب أن نلاحظ ملاحظة ننبه اليها المشرع ، وهى أن التفريق فى الأهلية التجارية بين المتمتع بالامتيازات من جهة وجميع من عداه من جهة أخرى أمر لا يسيغه العقل وفيه ضرر كبير للمعاملات التجارية . وكان الواجب أن تكون سنّ الرشد التجارى واحدة فى مصر لجميع من يشتغلون فيها بالتجارة وأن يكون من النظام العام حماية للجمهور من المفاجآت، خصوصا وأن البلاد الأوروبية العظمى أصبحت تهتم باستبعاد قانون الجنسية عند الحكم فى أهلية الأجانب للقيام بالأعمال المدنية والتجارية ، كلما رأت فى الأخذ به غبنا لمصلحة وطنى ، كما هى الحال فى فرنسا طبقا لنظرية الصالح الوطنى المغبون La théorie de l'intérêt national lésé، وكما هى الحال فى انجلترا حيث السنّ واحدة بالنسبة للمعاملات الحاصلة فيها والتى تقع على الأموال .

(١) لم يلاحظ بعض الكتّاب المصريين هذا (ملش، ص ١١٧ ، وملش وفال بند ١٤٩ ص ٩٠) ولذلك اكتفوا بالقول بأن المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية ألغت المادة ٤ تجارى أهلى وأنها لا تؤثر فى المادة ١٠ تجارى مختلط ، والواقع أنها تؤثر فى المادة ١٠ تجارى مختلط المادة ١٩٠ مدنى مختلط أيضا بالشكل الذى قررناه فى الشرح فى بند ١١٤

ونحن لا نطلب ذلك حماية للوطنيين فقط بل حماية للجميع . وقد أقر المشرع المختلط هـذا المبدأ ذاته فى حالتين من ثلاث وهى حالة البالغ سنّ ٢١ وحالة من لم يبلغ ١٨ سنة . فلماذا لا يعمم الحكم أيضا فى الحالة الثالثة ويقضى بقصر كل من لم يبلغ ٢١ سنة ولا يسمح له بالاتجار أصلا .

١١٧ — حكم تصرفات القـاصر غير المأذون بالاتجار —

إذا لم يؤذن للقاصر بالاتجار طبقا للمواد السابقة وأتى عملا من الأعمال التجارية أو اشتغل بالأعمال التجارية فان تصرفاته كلها تعتبر مدنية ولا يعتبر تاجرا مهما تكرر منه القيام بأعمال تجارية ، ولا يكلف بشيء مما يكلف به التاجر عادة بحكم صفته أو مهنته ، ولا يجوز الحكم باشهار إفلاسه. وإذا قلنا بأن تصرفاته تعتبر كلها مدنية فليس معنى ذلك أنها تكون صحيحة، بل معنى ذلك أنهـا تخضع للقانون المدنى وهو يقضى بأن هـذه التصرفات تعتبر باطلة بطلانا نسبيا من جانب القاصر (المـادة ١٣٠ / ١٩٠ م ا م)، فلا يمكن لمن تعاقد معه أن يطالبه قضائيا بتنفيذ التعاقد اذا تمسك القاصر بعدم أهليتـه ، ويمكن للقاصر وحده طلب بطلانها. ولكنه يلزم على كل حال برد ما حصل عليه من المنفعة كما يلزم بتعويض الضرر الذى ينشأ عن خطئه .

تجارة المتوفى عن قاصر — إذا مات تاجر وترك قاصرا يرث محله فللمجلس الحسبي أن يأمر وصي القاصر بتصفية نصيبه من تجـارة مورثه وسحبه من التجارة، إلا إذا رأى فى استمرارها مصلحة للصغير، فيجوز له أن يأمر الوصى بالاستمرار فيها. وبما أن الاستمرار فى التجارة يقتضى أن يقوم الوصى بتصرفات ليس له أن يقوم بها عادة إلا باذن خاص من المجلس فى كل مرة كبيع عقار القاصر والاقتراض على ذمته وبما أن هذا يعطل التجارة فلذلك قرر قانون المجالس الحسبية بأنه فى حالة إعطاء الوصى إذنا بالاستمرار فى التجارة يجوز للمجلس أن

يأذنه إذنا عاما بإجراء جميع التصرفات أو بعضها ، فلا يحتاج الى إذن خاص في كل حالة منها (المادة ٢٣ ح) .

ويقولون بأنه في هذه الحالة يصح اعتبار القاصر تاجرا ، ويجوز إعلان إفلاسه ،لأن التجارة تحصل باسمه وغاية ما هنالك لا يكون للافلاس كل نتائجه بالنسبة له . فلا يمكن أن يناله أى حرمان من الحقوق مما نص عليه بالنسبة للفلس ، كما لا يجوز اعتباره متفالسا بالتدليس أو التقصير لأن هذه النتائج تدخل في باب العقاب ، والقاصر في هذه الحالة لم يتجر بنفسه فلا تمكن مؤاخذته لأن كل عقاب شخصي لا يمس غير من أذنب أو أخطأ[١] .

تشغيل رأس مال القاصر — ويلاحظ أن الوصي نفسه لا يعتبر بذلك تاجرا لأنه لا يعمل باسم نفسه ولحسابه . ويجب أن نلاحظ الفرق بين هذه الحالة وحالة الوصي الذى يؤذن له بتشغيل رأس مال القاصر ، فان المادة ٢٢ من قانون المجالس الحسبية قضت بأن على الوصي أن يحصل على إذن خاص بتشغيل رءوس أموال القاصر . وقد ذهبت بعض المجالس الحسبية في أحد قراراتها إلى أن هذا النص عام يسيغ الإذن بتشغيل رءوس أموال القاصر في التجارة . ولكن لما استؤنف هذا القرار إلى المجلس الحسبي العالى ألغاه وقرر أن تشغيل رأس مال القاصر في التجارة فيه مضاربة بأمواله قد تعرضها للضياع [٢]. على أننا نتساءل عن وجه التفرقة بين إذن المجلس

---

(١) ملش وفال بند ١٥١ ص ٩٣ — ٩٤

(٢) ١٩٣٤/١/٦ مج ٢٥ ص ١٠ رقم ٧ والمحاكم المختلطة تذهب الى الرأى الأول اعتمادا على أن الشريعة الإسلامية تجيز للوصى أو الولى أن يستثمر أموال القاصر في التجارة (١٩١٨/١٢/٩ ج/٣٠/ ٢١١) وهذا هو الرأى الذى نحبذه قياسا على حالة الاستمرار في تجارة مورث القاصر ، إذ لا فرق بينهما كما قلنا في الشرح ، ولأن استثمار أموال القاصر في شراء العقار ، ليس خلافا لما ذهب اليه المجلس الحسبي العالى ، في ذاته خاليا من أخطار تقلبات الأسعار ولا من أخطار أخرى كهبوط أثمان المحصولات أو قلة مستأجرى المنازل وهبوط قيمة الايجار وغير ذلك .

الحسبى باستمرار الوصى فى تشغيل نصيب القاصر من تجارة مورثه المتوفى وبين الابتداء فى تشغيل رأس مال نفس ذلك القاصر فى التجارة بعد وفاة مورثه . ليس هناك فرق إلا فى أن تركة القاصر فى الحالة الأولى تتكون من أشياء كبضائع أو مصنوعات هى واقعة فى المضاربة فعلا ، وفى الحالة الثانية تتكون من نقود أو أموال يراد استثمارها فى التجارة . إن المسألة تقديرية للمجلس فى حالة الاستمرار فى التجارة بعد الوفاة ، وعليه أن يراعى هل هناك مصلحة فى استمرار المضاربة بنصيب القاصر . ومن يمكنه ذلك يمكنه أيضا أن يقدر ما إذا كان فى تشغيل نقود القاصر فى التجارة فى الظروف المطلوب فيها ذلك مصلحة له أم لا .

١١٨ — حكم تصرفات القاصر المأذون بالاتجار — لا نقصد هنا القاصر الذى يأذن له وليه بالاتجار كالابن المسلم الذى يأذنه والده بالاتجار طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، لأن هذا الإذن لا يجعل عمله تجاريا ولا يجعله تاجرا . وإنما نقصد الإذن الذى تعطيه المحكمة المختصة باعطائه . وهذا الإذن نتصوره الآن فى حالتين : وهما حالة الأجنبى المتمتع بالامتيازات والذى يطلبه فى سن تزيد على الثامنة عشرة وتنقص عن الحادية والعشرين، وحالة أى شخص مهما كانت جنسيته كان قد بلغ سن الثامنة عشرة قبل نفاذ قانون المجالس الحسبية الجديد وطلب إذنا بالاتجار وحصل عليه قبل بلوغه سن الحادية والعشرين .

وفى كلتا الحالتين إما أن يكون الإذن خاصا بعمل تجارى مفرد أو بالاشتغال على وجه الاعتياد والاحتراف بتجارة معينة وإما أن يكون اذنا عاما بالاشتغال بالتجارة إطلاقا . فمن أذن له بعمل تجارى معين جاز هذا العمل بالنسبة له واعتبر تجاريا من جانبه، ولم يجز له غيره . وإن كان خاصا بتجارة معينة لم يجز

الاشتغال بغيرها . و إن كان الاذن عاما جاز له أن يشتغل بأى فرع من فروع التجارة أى بالتجارة إطلاقا ، و إن كان بعضهم يرى أن الإذن العام لا يبيح لمن حصل عليه أن يشترك فى شركة تضامن، لأن فى ذلك خطر تحمله مسئولية تضامنية عن أعمال غيره . ولكن الواقع أنه لا معنى لهذه التفرقة خصوصا ، وأنهم يسمحون له أن يوكل عنه وكيلا يقوم بأعباء التجارة و يفوض له أمرها ثم يكون هو المسئول عن نتائجها .

و إذا حصل القاصر على إذن بالاشتغال بتجـارة معينة أو بالاتجار إطلاقا أصبح بذلك تاجرا وسرت عليه أحكام التجار وجاز الحكم بافلاسه واعتبرت أعماله كلها متعلقة بتجارته، إلا إذا أثبت العكس كما قدمنا فى نظرية التجارية بالتبعية . وكذلك يصبح خاضعا للحاكم التجارية وطرق الإثبات التجارى ، وهكذا . أما إذا حصل على إذن بالقيام بعمل تجـارى معين فانه و إن كان لا يصبح بذلك تاجرا إلا أنه يسرى على عمله ما يسرى على الأعمال التجارية من حيث الاختصاص وطرق الإثبات وغيرها .

١١٨ مكرر — (٢) المحجور عليهم للجنون أو العته أو السفه أى التبذير والغائبين — الجنون والعته والسفه ضعف فى العقل . ومن أصابه شىء من ذلك يحجر عليه بناء على طلب كل من له مصلحة ويعين له قيم يكون بمثابة الوصى بالنسبة للقاصر . والغائب هو من لا تعلم حياته من وفاته وتنقطع أخباره عن أهله ومعارفه و يعين له وكيل يدير أمواله مدة غيبته إلى أن يقضى بوفاته فتوزع أمواله على الموجودين من ورثته . ولم ينص القـانون التجارى على أهلية هؤلاء للتجارة ولكن القواعد العـامة تقضى بأن الأولين غير أهل للتصرفات المدنية فمن باب أولى لا يكونون أهلا للاتجار، لأن الأهلية المدنية

كما قدمنا شرط للأهلية التجارية . والغائب لا محل للكلام على تصرفاته مدنية أو تجارية لأنه غائب أى غير موجود فرضا[١] .

ويسرى فى حق القيم على المحجور عليهم للجنون أو العته أو السفه ما يسرى فى حق الوصى اذا سمح له بتشغيل أموالهم فى التجارة ، و يسرى هذا الحكم أيضا بالنسبة للوكيل عن الغائب .

ويلاحظ أن الأجانب المتمتعين بالامتيازات يتوقف حكم أهليتهم فى حالة الجنون والعته والسفه على قانون جنسيتهم .

١١٩ — (٣) المرأة المتزوجة — قضت المادة ٥/١١ ت ا م بأن أهلية النساء للتجارة تكون بحسب قانون أحوالهن الشخصية . وقد يظن لأول وهلة من هذه المادة ومن مقارنتها بالمادة ٤/١٠ ت ا م التى تكلمت على أهلية القاصر ومن ورودها فى الترتيب بعد هذه الأخيرة أن المشرع أراد أن يفرق بين الرجل والمرأة عموما من جهة الأهلية للاتجار ، فبينما يعتبر أهلية الرجل ببلوغه سنا معينة فى بعض الأحوال و بشرط الحصول على إذن المحكمة فى البعض الآخر ، اذا به يكتفى فى المرأة أن تكون أهلا للاتجار بحسب قانونها الشخصى . ولكن هذا الزعم باطل لسخافة النتائج التى تترتب

---

(١) يلاحظ أن المجنون اذا كان جنونه غير مطبق أى اذا كان يجن مدة و يفيق أخرى يعتبر أهلا للتصرف فى أمواله فى فترات الإفاقة طبقا للشريعة الإسلامية . وعلى هذا الاعتبار يمكن القول بأنه يجوز له القيام بأعمال تجارية فى هذه الفترات مادام بالغا سن الرشد والا فحكمه حكم القاصر . على أن الاشتغال بالتجارة بصفة دائمة لا بد أن يكون متصلا فى فترة الإفاقة وفى فترة الجنون ، وذلك يؤدى الى مشاكل كبيرة فى تحديد الصحيح وغير الصحيح من أعماله . ولذلك نرى أن يعتبر المجنون غير أهل له ، هذا اذا لم تذهب إلى أبعد من ذلك ونطلب اعتبار أعمال المجنون عموما سواء اتصلت فى فترة الجنون أو فى فترة الإفاقة باطلة ما دام الحجر عليه قائما كما هى الحال فى فرنسا . وكما هى الحال فى المعتوه والسفيه أو المبذر .

عليه . خذ مثلا : رجل سويسرى سنه ٢٠ سنة أى بالغ بحسب القانون السويسرى ولا يجوز له الاتجار فى مصر الا باذن المحكمة التجارية وامرأة سويسرية فى نفس هذه السن يجوز لها الاتجار لأن قانون أحوالها الشخصية يجيز لها ذلك ! !

الواقع أن المشرع لم يقصد فى المادة ٥ / ١١ ت ا م أن يعفى المرأة متزوجة كانت أو غير متزوجة من قيود الأهلية الناشئة عن السن والواردة فى المادة ٤/ ١٠ ت ا م السابق الكلام عليها . ودليلنا على ذلك أن المادة ٢ تجارى فرنسى التى أخذ عنها المشرع المصرى المادة ٤/ ١٠ ت ا م تكلمت على القاصر من أى الجنسين De l'un et de l'autre sexe . ويظهر أن واضع القانون المصرى وجد أن هذا التعبير يكفى لأداء معناه التكلم إطلاقا على "القاصر" أو "الرشيد" أو "من بلغت سنه ٢١" أو "من لم تبلغ سنه ٢١ و بلغت ١٨" ، لأن هذا الاطلاق يجعل الكلام منصرفا الى القاصر والرشيد من الجنسين .

ثم إن المشرع الفرنسى فى المواد ٤-٦ تجارى تكلم على أهلية المرأة المتزوجة ، وهذه المواد تقابل عندنا المادة ٥/١١ ت ا م التى تكلمت على أهلية النساء ، فيجب أن يكون الغرض منها منصرفا الى النساء المتزوجات . ومذ عرفنا أن المادة ٥/١١ ت ا م تنصرف الى النساء المتزوجات فيهمنا أن نعرف ماذا أراد بقوله إن الحكم فى أهليتهن للتجارة يكون بحسب قانون أحوالهن الشخصية . قلنا آنفا إن المشرع لايمكن أن يكون قصد أن يعفى المرأة متزوجة أو غير متزوجة من قيود السن التى نص عليها فى المادة ٤/ ١٠ ت ا م ، وأنه لا بد للمرأة المتزوجة كما لابد للمرأة غير المتزوجة إذا أرادت الاتجار أن تكون قد بلغت السن التى تؤهلها للاتجار فى مصر إما باذن المحكمة أو بدون اذنها طبقا لهذه المادة . وسواء فى ذلك أكانت من الأبكار أم من كانت من الأرامل .

و إذن لا بد أن يكون غرض المشرع فى الرجوع الى قانون الأحوال الشخصية للمرأة المتزوجة هو معرفة شيء آخر بالنسبة لهذه المرأة غير سنّ الرشد التجارى . وهذا الشيء الآخر هو : هل يجوز للمرأة المتزوجة رغم بلوغها سنّ الرشد أن تشتغل بالتجارة بدون إذن زوجها أو لا بد من إذنه ؟

مثل هذا السؤال لا محل له بالنسبة للمسلمات من المصريات و بالنسبة لغيرهن من أهل الطوائف اللاتى يتبعن القواعد الشرعية الإسلامية من طريق العادة والتقليد والاقتباس . لأن الشريعة الإسلامية كفلت للمرأة متزوجة أو غير متزوجة حرية مساوية لحرية الرجل فيما يتعلق بالتصرف فى الأموال وفى التجارة . وليس للزوج على زوجه من سبيل اذا أرادت أن تشتغل بالتجارة ، ولا يدخل مالها فى ماله بالزواج ، ولا تفقد به أهليتها للتصرف ، ولا تتوقف صحة تصرفاتها على إذن الزوج . وهذه الحرية وتلك المساواة التامة بين الرجل والمرأة فى الشريعة الإسلامية لا ينقص من شأنها من الوجهة القانونية كون العمل جرى على أن الأزواج كثيرا ما كانوا يهضمون حقوق زوجاتهم و يأكلون أموالهن بالباطل ، لأن ذلك إنما يكون بسبب لين طباعهن أو ضعفهن أو استسلامهن . ولا عيب فى النظام ذاته . ثم إن الزوج اذا تصرف فى شيء من مال زوجه فهو لا يفعل ذلك باسمه و إنما باسمها هى و بختمها أو بامضائها أو بطريق الوكالة عنها ، فشخصيتها القانونية لا تزول . وقد بدأ كل هذا يتغير بنهضة المرأة و إصرارها على أن تستعمل حقوقها بنفسها ، ثم إن اشتغال الزوجات بالتجارة و إن كان مما تعافه الطبقات الوسطى والعليا فانه شائع فى الطبقات الدنيا من قديم الزمان .

أما المرأة الأوروبية فان لها أن تحسد المرأة المصرية على هذه الحرية ، لانها وان كانت تتمتع بمظاهر خلابة من الحرية الاجتماعية إلا أنها لا تتمتع طبقا للقوانين الأوروبية بقسط كبير من الحرية الحقيقية أو ، بعبارة أخرى ،

لا تتمتع بحقوقها المدنية . وهذا على الخصوص هو شأن القوانين الفرنسية وقوانين الدول اللاتينية التى تقضى بأن المرأة تفقد أهليتها للتصرف فى أموالها الخاصة بالزواج ولا يجوز لها الاتجار إلا باذن زوجها حماية للعائلة من أسباب الشقاق كما يقولون وتمكينا للرجل من السيطرة على أموال زوجه قانونا فى الواقع . وهناك خلاف فى فرنسا فيما اذا كانت الزوجة يمكنها أن تحصل على إذن بالاتجار من المحكمة اذا رفض زوجها ذلك . ويميل بعضهم الى الجواب عن ذلك بالايجاب . وكان الجواب بالنفى أولى اذا كانت العلة هى حماية العائلة من إيجاد أسباب للشقاق. وفى انجلترا لم تحصل المرأة المتزوجة على حريتها فى التصرف فى أموالها إلا ابتداء من الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، واستكملتها تقريبا فى سنة ١٩٠٧

وبازاء اختلاف القوانين بشأن أهلية المرأة المتزوجة للتجارة وللتصرف فى أموالها وجد المشرع نفسه مضطرا الى الرجوع بالنسبة لكل زوجة الى قانون أحوالها الشخصية لمعرفة هل يجوز لها أن تتجر أم لا ، بغض النظر عن بلوغها سنّ الرشد ، فوضع المادة (١١/٥ ت ا م) التى قرر فيها هذه القاعدة .

وقانون الأحوال الشخصية للمرأة المتزوجة هو قانون جنسية زوجها اذا كانت تدخل فى جنسيته بمجرد الزواج طبقا لقانون جنسية الزوج[١] .

وتطبيقا لهذه القاعدة تعتبر المرأة المصرية المسلمة المتزوجة أهلا للتجارة ولو لم تحصل على إذن بذلك من زوجها ، لأن هذا هو حكم الشريعة الإسلامية.

وكذلك تعتبر المرأة الانجليزية المتزوجة أهلا للاتجار طبقا للقانون الانجليزى . أما المرأة الفرنسية فلا يجوز لها الاتجار فى مصر إلا اذا حصلت

---

(١) راجع فى جنسية الزوجة وكيفية تعيينها كتابنا المطول فى القانون الدولى الخاص جزء ١ ص ٣٢٨ — ٣٣٨

على إذن بذلك من زوجها ، لأن هذا هو حكم القانون الفرنسى و بشرط أن تشتغل بالتجارة باسمها الخاص . ولا تعتبر تاجرة باسمها الخاص اذا كانت تكتفى بترتيب البضائع فى محل زوجها أو بقبض الأثمان وإيداعها فى الخزانة أو غير ذلك ، بل ولا اذا كانت تساعده أو تنوب عنه فى البيع والشراء .

ولا فرق بين الإذن الصريح أو الضمنى . ويعتبر من الإذن الضمنى أن يتزوج الرجل امرأة تشتغل بالتجارة فى وقت الزواج[1] إلا اذا منعها زوجها منها صراحة بعد الزواج ، وكذلك يعتبر الإذن ضمنيا اذا تركها تشتغل بالتجارة وسكت على ذلك .

واذا صرح الرجل لزوجه بالتجارة فتداينت بدين جاز لدائنى تجارتها أن ينفذوا على أموالها المشتركة اذا كانا اتفقا على نظام الاشتراك فى أموال الزوجية ، وإلا فليس لهم إلا التنفيذ على أموال الزوجة فقط كما هى الحال اذا اتفقا على فصل أموالها كل عن الآخر .

ثالثاً — حرية الاشتغال بالتجارة وما يرد عليها من القيود

١٢٠ — لم ينص الدستور المصرى على حرية التجارة إلا عرضاً فى المادة ١٦ التى تكلمت على حرية اللغة فى المعاملات التجارية . ومع ذلك فلا نزاع فى أن هذا الحق ثابت بنص المادة ٤ التى تكفل الحرية الشخصية وهى تشمل كل تصرفات المرء فى نفسه أو فى وقته ، ومنها حريته فى اختيار المهنة التى يميل اليها . وحرية التجارة فى مصر ثابتة بالنسبة للمصريين والأجانب

---

(١) س م ١٥/١٢/١٩١٥ مج ت م ٢٨ ص ٥٧

إطلاقا ، ولا يشترط فى حرية التجارة بالنسبة للأجانب فى مصر أن تسمح دولهم بحرية التجارة للمصريين فى بلادها ، مع أن كثيرا من هذه الدول لا تسمح للأجانب بالتجارة إلا على قاعدة التبادل ، وكثير منها يحرم عليهم بعض أنواع التجارة أصلا بغض النظر عن التبادل . وقد كانت الامتيازات الأجنبية فى الأصل تمنح الأجانب حق التجارة فى مصر بشرط أن يدفعوا الضرائب التى يدفعها المصريون فى بلادهم ، ولكنها تطورت بحكم العادة أو ضعف الحكومات المصرية فأصبحوا لا يدفعون من الضرائب شيئا على التجارة الداخلية إلا ما كان من قبيل رسوم الرخص أو الملاهى . أما الضريبة على الدخل أو الايراد فالامتيازات كما حوروها تحميهم منها ، ولا يصح على العموم فرض أى رسم أو ضريبة على الأجنبى لا يحصّل مثله أو مثلها من المصرى . أما التجارة الخارجية فكانوا يدفعون رسوم الصادرات والواردات طبقا للمعاهدات الجمركية التى انتهت وحلت محلها الآن اللائحة الجمركية التى يخضعون لها بقيودها .

وقد كانت التجارة قديما مقيدة بشرط الانتماء لجماعة أو لطائفة معينة Corporation فهدمت الثورة الفرنسية هذا النظام وأقرت بدلا منه حرية الفرد فى اختيار المهنة والاشتغال بأية تجارة ، ومع ذلك فانه يلوح فى الأفق فى العصر الحاضر أثر لاتجاه الميل الى الرجوع الى نظام الطوائف لكثرة ما نشاهده اليوم من إنشاء النقابات واتخاذها فى بعض البلاد أساسا لاستعمال الحقوق الدستورية .

وقد أصبح النظام السياسى نفسه فى إيطاليا قائما على أساس الانتماء الى النقابات المختلفة ، وكل نقابة لها ممثلون ينتخبون للنيابة عنها فى البرلمان .

واذا كانت التجارة حرة فان الحرية فيها ليست مطلقة من كل قيد ، بل توجد عليها بعض قيود بعضها يرجع الى الرغبة فى حماية مالية الدولة وزيادة

مواردها كاحتكار الحكومة لاستخراج بعض المواد أوالاتجار فيها ، مثل احتكار الحكومة الفرنسية للكبريت وصنع الدخان وبيعه، واحتكارالحكومة المصرية لنقل البريد وسك النقود . ومن هذه القيود أيضا الرسوم الجمركية .

ويرجع البعض الآخر الى الرغبة فى حماية التجارة والصناعة الوطنية من المنافسة الأجنبية ، أو إيجاد عمل للوطنيين أو تسهيل استثمار الأموال لهم ، كالقيود على الصادرات والواردات ، وكاشتراط استخدام عدد معين من المصريين فى مجالس ادارة الشركات المساهمة التى تكون فى مصر واشتراط استخدام عدد من الموظفين غير العمال فيها واشتراط طرح ربع قيمة أسهم الشركة للاكتتاب فى مصر على أن تخصص أربعة أخماس هذا الربع للمصريين طبقا لقرار مجلس الوزراء فى ٣١ مايو سنة ١٩٢٧

وقد يكون الغرض من هذه القيود هو حماية الصحة العامة أو الآداب، كمنع دخول بعض المواد المنافية للآداب أو المضرة كالصور والكتب فى بعض الأحوال ، وكالحيوانات الموبوءة أو المواد المخدرة .

ومنها ما يرجع الى الرغبة فى تنظيم العمل التجارى تنظيما إداريا ، كاشتراط الحصول على رخصة واتباع إجراءات معينة مثلا فى فتح المحال المقلقة للراحة أو الخطرة على الصحة العامة ، أو كاشتراط الحصول على درجة أو المرور فى امتحان بالنسبة لمن يريد الاتجار فى المواد الكيمياوية كالصيدلة .

ومنها ما يرجع الى عدم جواز الجمع بين صفتين متناقضتين ، كعدم جواز الجمع بين صفة تاجر وصفة موظف فى مصلحة حكومية (المادة ١٤٣ من القانون المالى المصرى)، وكعدم جواز الجمع بين صفة التاجر وصفة موظف باحدى المحاكم (٢١ ل ت ا) ولا بين المحاماة والتجارة (١٩٨ من لائحة المحاماة سنة ١٩١٢) .

وأخيرا من بين تلك القيود التى يقيد بها التجار ثلاثة قيود تستحق الذكر على حدة وتتطلب شيئا من التفصيل ، والغرض منها حماية الجمهور الذى يتعامل معهم من المفاجآت أو من سوء نية التاجر أو إهماله . وهذه القيود هى :

(١) التزام التاجر باعلان الشروط المتفق عليها فى مشارطة زواجه .

(٢) القيد فى السجل التجارى .

(٣) التزامه بحفظ الدفاتر التجارية التى نص عليها القانون .

١ — إعلان شروط الزواج

١٢١ — نص المشرع على هذا القيد فى المواد ٦ — ١٠/٢٠ — ٢٤ ت ا م . وقد وضع قاعدتين إحداهما بالنسبة للتاجر الذى كان متزوجا عند صدور القانون التجارى ، والأخرى للتاجر الذى يتزوج بعده وللتاجر المتزوج الذى يشتغل بالتجارة بعده أيضا . فمن كان مشتغلا بالتجارة وقت نشر القانون التجارى وكان متزوجا فى ذلك التاريخ أيضا وجب عليه أن يعلن الشروط المالية المتفق عليها فى مشارطة زواجه فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها محله فى ظرف سنة من تاريخ نشر هذا القانون (المادتين ٦ و٧/٢٠ و٢١ ت ا م)

أما من تزوج بعد نشر هذا القانون أو كان متزوجا سواء قبله أو بعده ولكنه اشتغل بالتجارة بعد نشره فانه يجب عليه إعلان شروط زواجه فى بحر شهر من تاريخ زواجه أو من تاريخ اشتغاله بالتجارة اذا كان متزوجا قبل اشتغاله بها (المادة ٩ / ٢٣ ت ا م)

وفى كلتا الحالتين يجب على التاجر اذا كانت هناك مشارطة مكتوبة أن يقدمها لقلم الكتاب ويجب على الكاتب أن يحرر ملخصا من المشارطة ، ويقيد

الملخص فى دفتر خاص معد فى المحكمة لهذا الغرض (المـادتان ٦ و ٧ / ٢٠ ٩١٤ ت ا م) .

ولا فرق فى وجوب الإعلان عن مشارطة الزواج بين الزوجة التاجرة والزوج التاجر ، كلاهما مكلف به . إلا أننـا نلاحظ أن هذا القيد يفلت منه المصريون المسلمون ، لأن العادة لم تجر بين المسلمين عمل مشارطات زواج عند عقده لتنظيم أموال الزوجين . ولا ينص القانون على نظام معين يخضعون له عند عدم الاتفاق على نظام آخر . والشريعة الإسلامية لا تعطى لأحد الزوجين حقا فى مال الآخر فى أثناء حياته ، ولا تلزم الزوجة بقبول إدارة الزوج لأموالهـا . ومن يتعامل مع زوج أو زوجة مسلمة من المصريين يعلم ذلك بمجرد العلم بحكم الشريعة الإسلامية . ولكن هذا القيد لا يفلت منه أمثال الفرنسيين والفرنسيات المتزوجين والمتزوجات اذا اشتغلوا أو اشتغلن بالتجارة فى مصر ، لأن القـانون الفرنسى يجعل أموال الزوجين شركة بينهما إن لم يتفقا على نظام آخر من النظم المقررة كنظام فصل الأموال . فيهم الجمهور اذن أن يطلع على النظام الذى يخضع له كل منهما حتى يكون على بينة من مقدار الثقة التى يوليها من يشتغل بالتجارة منهما اعتمادا على ماله . ولذلك أباح المشرع لكل من يهمه الأمر أن يطلع على مشارطات الزواج المعلنة فى الدفتر المعـد لذلك فى المحكمة اذا طلب ذلك وذكر اسم التـاجر الذى يريد أن يطلع على مشارطة زواجه . ولكن ليس لمن يريد الاطلاع على مشارطة زواج تاجر معين أن يطلع على مشارطة غيره حتى لا يتخذ الاطلاع وسيلة للتجسس على أحوال العائلات وأسرارها (٨/ ٢٢ ت م) .

ويلاحظ أن قانون السجل التجارى الجديد أوجب أيضا بيان نوع النظام المـالى الذى يخضع له الزوجان ضمن البيانات التى يتضمنها القيد فى السجل

(المادة ٢) . ويلاحظ أن ذكرها فى السجل لا يغنى عن إعلانها، لأن عدم ذكرها فى السجل لا يستوجب إلا عقوبة مخالفة ، وهى أقصى ما قرره هذا القانون لمخالفة أحكامه . أما عدم إعلان المشارطة فى قلم كتاب المحكمة فجزاؤه أشد من ذلك كما سنرى حالا . ولو كان المشرع يريد أن يستغنى بهذا عن نص المواد ٦ — ١٠/٢٠ — ٢٤ ت أ م) لفعل . ولكنه بالعكس اعتمد على هذه المواد لأنه قرر أن يكون القيد فى السجل طبقا لهذه المواد .

الجزاء على عدم إعلان مشارطة الزواج — اذا أهمل التاجر المتزوج إعلان مشارطة زواجه ثم أفلس يجوز الحكم عليه بأنه مفلس بالتقصير اذا تبين أن عدم إعلانه للمشارطة أدى الى أن يضع الغير فيه ثقة غير مستحقة (١٠ / ٢٤ ت أ م) .

٢ — القيد فى السجل التجارى

١٢٢ — حكمة القيد — نص المشرع فى حالات متفرقة على وجوب إعلان بعض الحقائق المتعلقة بالتاجر ، كمشارطات الزواج وعقود الشركات وإشهار الافلاس . ولكن التجربة أظهرت أن هذا الاعلان الجزئى المتباعد لا يكفى لأن ترتكز عليه الثقة التجارية . ورأى أن تعدد وسائل الاعلان لكل حالة على حدتها لا يمكن من استجماع[1] وحصر الحقائق التى يجب أن تكون معروفة عن كل تاجر وجعلها مجموعا موحدا ليكون فى إمكان الجمهور الاطلاع عليه ، ولذلك حذا حذو المشرعين فى أوروبا وأصدر قانون السجل التجارى بموافقة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ليكون ساريا على الوطنيين والأجانب جميعا سواء منهم المتمتع أو غير المتمتع بالامتيازات وهاك موجز أحكامه :

(١) راجع المذكرة الايضاحية لقانون السجل التجارى .

أولا — على من يجب القيد ومكانه — أوجب هذا القانون على كل تاجر له فى مصر محل وعلى كل شركة تجارية مركزها الرئيسى فى مصر أو لها فرع أو وكالة فى مصر أن يقيد اسمه أو تقيد اسمها وجميع البيانات التى نص عليها فى سجل يحفظ فى المحافظات والمديريات . ويكون القيد بالنسبة لكل تاجر فى سجل المحافظة أو المديرية التى يوجد فيها محله إن كان فردا أو مركزه الرئيسى أو فرعه إن كان شركة (مادة ١) . ويوجد سجل عام بمصلحة التجارة والصناعة تنقل اليه خلاصة البيانات التى تدون فى السجلات المحلية . ويقتصر القيد فى السجل العام على اسم ولقب التاجر وتاريخ ومحل ميلاده ، وإن كان شركة يقتصر على عنوانها أو اسمها مع الإشارة الى نمرة القيد فى السجل المحلى فى الحالتين (مادة ٩) .

ثانيا — البيانات اللازم ذكرها فى طلب القيد — تختلف هذه البيانات باختلاف ما اذا كان التاجر فردا أو شركة . فان كان فردا وجب عليه ذكر اسمه ولقبه وتاريخ ميلاده ومحل ميلاده وجنسيته والنظام المالى الذى يخضع له إن كان متزوجا والاذن بالاتجار فى حالة وجوبه وعنوان أو اسم محله التجارى ونوع التجارة التى يشتغل بها والتاريخ الذى بدأ فيه أعماله التجارية بالقطر المصرى والجهات التى له فيها وكالات أو فروع وأسماء وألقاب وكلائه المفوضين وجنسية كل منهم وتاريخ ميلاده ومحل ميلاده ، والمحال التى كانت للتاجر سابقا والتى قد تكون له فى دائرة المحافظة أو المديرية التى يطلب فيها القيد أو فى دائرة أية محافظة أو مديرية أخرى (مادة ٢) . وكذلك يجب على التاجر أن يبلغ جهة القيد كل تعديل يحصل فى البيانات المتقدمة سواء من طريق الأحكام التى تؤثر فى أهليته أو من طريق غيرها (مادة ٣) .

أما إن كانت شركة تجارية فيحتوى القيد على بيان اسم الشركة وعنوانها ونوعها ومركزها العام والغرض منها والجهات التى لها فيها فروع ورأس مالها

ومقدار ما يجب تحصيله من المساهمين أو الشركاء المؤسسين وتاريخ ابتداء الشركة وانتهائها واسم ولقب كل الشركاء المتضامنين وتاريخ ومحل ميلادهم وجنسيتهم واسم ولقب المديرين للشركة، سواء أكانوا شركاء أم غير شركاء ، وتاريخ ومحل ميلادهم وجنسية كل منهم . واذا كان مركز الشركة فى الخارج فيذكر اسم ولقب وتاريخ وميلاد مدير الفرع أو الوكالة التى لها فى مصر ومحل ميلاده وجنسيته (مادة ٤) .

وفى حالة ما اذا كان القيد خاصا بالفرع أو الوكالة التابعة لشركة مركزها فى مصر فيقتصر القيد على بيان اسم أو عنوان الشركة مع الإشارة الى القيد فى السجل التجارى لمركز الشركة واسم ولقب مدير الفرع وتاريخ ميلاده ومحل ميلاده وجنسيته . ويجب قيد كل تعديل يطرأ سواء بسبب الأحكام التى تؤثر فى مركز الشركة أو بكيانها أو بسبب آخر (مادة ٥) .

ذكر القيد فى المكاتبات — يجب على كل تاجر (أو شركة) مقيد فى السجل أن يذكر فى المطبوعات المكاتبات المتعلقة بتجارته السجل التجارى المقيد به ونمرة القيد (مادة ١٠) .

ثالثا — جواز الاطلاع على القيد — لما كان السجل التجارى موضوعا لضمان العلانية التجارية لذلك يجوز لكل شخص أن يطلع على مافيه و يطلب صورة منه من مصلحة التجارة والصناعة أو من المحافظات والمديريات فى مقابل رسم ، كما أن القيد أيضا يحصل فى مقابل رسم .

ولا يجوز أن تشمل الصور والمستخرجات أحكام إشهار إفلاس التاجر، اذا كان قد رد اليه اعتباره، ولا أحكام وقرارات الحجر، اذا كان قد قضى برفعه ما دامت تعتبر فى حكم الماضى ومنعا لإفشاء ما يكون قد صادفه من عثرات تغلب عليها (مادة ١٢) .

رابعا — مواعيد القيد ومن يتقدم طلبه — يقدم طلب القيد فى ظرف شهر من تاريخ افتتاح المحل الرئيسى أو الفرع أو الوكالة أو تأليف الشركة (مادة٢).

ويقدم الطلب من التاجر نفسه أو من وكلاء الشركة المديرين لها أو مدير الفرع التابع لها فى حالة قيد الفرع أو السنديك على حسب الأحوال وكذلك الحال فى البيانات الاضافية والتعديلات والأحكام (مادة ٥).

أما الشركات والتجار الموجودون فعلا وقت العمل بهذا القانون فيجب عليهم القيد فى ظرف ثلاثة شهور من تاريخ سريانه أى من تاريخ نشر اللائحة التنفيذية التى ترك لوزير المالية حق اصدارها (المواد ١٦ ، ١٥ ، ١٧)[١].

خامسا — سلطة الجهات الادارية — ليس للمديرية أو المحافظة أن تمتنع عن إجراء القيد إلا إذا كان غير مستوف للبيانات المنصوص عليها فى هذا القانون (مادة ٨).

سادسا — شطب القيد — يشطب القيد اذا ترك التاجر التجارة أو توفى ولم يستمر فيها الورثة أو اذا حلت الشركة. ويكون الشطب بدون طلب وفقا للأوضاع التى تقررها اللائحة التنفيذية (مادة ١١).

سابعا — الجزاء على مخالفة قانون السجل التجارى — فى القوانين الإدارية ينص على عقوبات رادعة. أما فى مصر فلم يسع الحكومة أن تجعل العقوبة أكثر من عقوبة مخالفة. والسبب الحقيق فى عجزها عن جعل العقوبات كافية بالغرض هو أن القانون يسرى على الأجانب المتمتعين بالامتيازات، والحكومة لا تملك بالنسبة لهم أكثر من هذا العقاب. هذا هو الحق المستتر وراء قول المذكرة التفسيرية "رؤى لاعتبارات خاصة جعل الجزاء عقوبة مخالفة". ولم يكن فى استطاعة المشرع أن يفرق

(١) صدرت هذه اللائحة يوم ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٣٤، ولذلك ينتهى ميعاد القيد بالنسبة لهم يوم ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٥، وتسرى العقوبات على المتأخر ابتداء من يوم ٢٥ منه ..

فى العقوبة بين الوطنى والأجنبى لأن ذلك فيه غبن وظلم على الوطنى إذا جعلت العقوبة بالنسبة له أشد . أما العقوبات التى تطرأ بعد القيد فهى تتراوح بين ٥٠ قرشا والحبس أسبوعا تبعا لجسامة المخالفة . فهى من ٥٠ قرشا الى ١٠٠ قرش فى حالة إهمال القيد الأصلى أو الاضافى (أى إهمال التبليغ عن التعديلات التى تطرأ بعد القيد على البيانات الواردة به) . وتكون ١٠٠ قرش اذا لم يقدم طلب القيد أو البيانات الاضافية فى ظرف شهر من تاريخ الحكم عليه نهائيا ، وتتعدد الغرامات بتعدد المخالفات . أما فى حالة تعمد إعطاء بيانات غير صحيحة مع سوء القصد ، وفى حالة التأشير على مطبوعات التاجر ومكاتباته بما يفيد القيد مع عدم حصوله ، فالعقوبة فى الحالتين الحبس لمدة لا تزيد على أسبوع نظرا لخطورتها (مادة ١٣) ! !

٣ — حفظ الدفاتر التجارية

---

(١) أنواع الدفاتر التجارية

١٢٣ — الدفاتر الالزامية — التزام التاجر بحفظ الدفاتر التجارية منصوص عليه فى المواد ١١ — ١٢/١٨ — ١٩ ت ا م وهذه المواد توجب على التاجر حفظ ثلاثة أنواع من الدفاتر وهى :

(١) دفتر اليومية Livre journal

(٢) دفتر المكاتبات أو دفتر الكوبيا (القيودات) Livre copie

(٣) دفتر الجرد Livre d' inventaire

والدفتر الأول يقيد فيه بيان ما له وما عليه يوما فيوما وأعمال تجارته وما اشتراه أو باعه أو قبله أو حوله من الأوراق التجارية وجميع ما قبضه وما دفعه والمبالغ المنصرفة على منزله شهرا فشهرا إجمالا بغير بيان لمفرداتها (١١/١٢ ت ا م) .

وبما أن هذه البيانات منها ما لا يتعلق بتجارته كالمصاريف المنصرفة على منزله وبما أنه ملزم بقيد كل ما صرفه سواء فى التجارة أو غيرها فهذا الدفتر إذن صورة لكل ما يحصل من التاجر فى حياته .

والدفتر الثانى تقيد فيه صور المكاتبات التى يرسلها التاجر[1] ، وعليه أن يجمع صور ما يرد من المكاتبات فى ملف Liasse على حدة (١٢/١٣ ت ا م). ويجب على التاجر ألا يعدم ما يدفعه من الأوراق التجارية وأوراق شحن البضائع برا وبحرا والفواتير وغيرها ، لأن هذه قد تفيده فى الاثبات أو تساعده على تحديد مركزه بالضبط عند الافلاس .

والدفتر الثالث تقيد فيه صورة قائمة الجرد الذى يجب على التاجر أن يقوم به سنويا سواء بالنسبة لأمواله المنقولة أو العقارية وما له وما عليه من الديون (١٣/١٤ ت ا م) . ويقوم قيد القائمة المذكورة فى الدفتر مقامها عند فقدها . وهذا الدفتر يبين حالة التاجر المالية فى جميع سنى حياته .

١٢٤ — الدفاتر غير الالزامية — فى البند السابق ذكرنا الدفاتر التى يلزم التاجر بحفظها وجوبا لأن القانون نص عليها . ولكن هناك دفاتر أخرى يحفظها التاجر عادة دون أن يكون ملزما بها قانونا أى أن حفظها اختيارى بالنسبة له وهى :

(١) الدفتر الذفر أو دفتر التسويدة Livre brouillard, rough journal — وهو عبارة عن تسويدة لدفتر اليومية ، فيقيد فى هذا الدفتر كل ما يقيد فى دفتر

---

(١) قضت المحاكم بأن دفتر الكوبيا يعتبر دليلا على إرسال الرسائل المأخوذة صورتها فيه خصوصا اذا وجدت قرينة تدل على صحة إرسال هذه الرسائل مثل وجود الاجابة عليها من تجار آخرين من التجار المعتبرين س م ١٩٠٤/١٢/١ لا نترص ١٠٢ ، س م ١٩٠٥/١/١٨ ، ١٨٩٩/٤/٢٧

اليومية عند حصوله مباشرة لينقل فيما بعد الى دفتر اليومية . ولكن هذا الدفتر لا يغنى عن دفتر اليوميـة ، ولا يمكن للتاجر أن يتمسك بوجوده للقول بأن دفاتره منتظمة[١] .

(٢) دفتر الأستاذ Le grand livre, the ledger — وهو أيضا دفتر خاص مأخوذ من دفتر اليومية ويخصص فيه لكل عميل من عملاء التـاجر صحيفتان يبين فى إحداهما ما له ويبين فى الأخرى ما عليـه ، وهو أهم دفتر فى نظر التاجر ويحفظ بطريقة أكثر نظاما من دفتر التسويدة .

(٣) دفتر الصندوق أو الخزينة Livre de la caisse, cash book — ويقيد فيه ما قبض وما صرف من النقود .

(٤) دفتر الشراء والبيع Livre d'achats et des ventes — ويكتب فيه صور الفواتير الصادرة والواردة للتاجر .

(٥) دفتر البضائع يقيد مقادير البضائع الواردة الى المخزن .

(٦) دفتر الكمبيالات والسندات Livre des traites et billets, Bills receivable and bills payable book — وتبين فيه الأوراق التى يجب على التـاجر دفعها والتى يجب دفعها إليه ومواعيد استحقاقها ، ويفيد هـذا الدفتر التاجر ليعلم منه مواعيد البروتستو وإعلانه ولاثبات تأخير أو تقديم تاريخ تحويل السـندات أو الكمبيالات . وقد يحتفظ التـاجر بدفتر خاص لبيان مواعيد الاستحقاق ويسمى Carnet des échéances .

---

[١] س م ١٩١٤/١١/٤ مج ت م ٢٨ ص ٣

(٢) مسك الدفاتر التجارية

Comptabilité, accountancy

والاجراءات القانونية الواجبة الاتباع فى حفظ الدفاتر

١٢٥ — أترك هنا الكلام على مسك الدفاتر التجارية ، لأنه درس للطلبة فى دروس المكتب التجارى . هذا من جهة ومن جهة أخرى لأنه ليس موضوعا قانونيا بل موضوعا تجاريا عمليا بحتا . وأكتفى إذن بالاشارة الى الاحتياطات والإجراءات التى أوجب القانون على التاجر مراعاتها لضمان صحة البيانات الواردة بها ومنع التلاعب فيها بطريق تقديم التواريخ أو تأخيرها أو الإضافة اليها أو الحذف منها أو الحشر فيها بين السطور .

١٢٦ — وهذه الإجراءات تكلم عليها القانون فى المادة ١٤/١٥ت ا م وهى تقضى بما يأتى :

(أولا) قبل البدء فى الكتابة بدفتر اليومية أو الجرد ، يجب على التاجر ترقيم صحائف كل منها ترقيما متتابعا أى يضع على كل صحيفة منها رقما متتابعا أو متسلسلا .

(ثانيا) يجب أن توضع على كل صحيفة علامة المأمور الذى تعينه المحكمة الابتدائية لهذا الغرض ، وفى الغالب يكون هذا المأمور أحد قضاتها . وتوضع هذه العلامة مجانا أى بدون أن يتحمل التاجر نفقات أو رسوما من أجلها . وهى فى الغالب إمضاء القاضى أو ختمه .

(ثالثا) يجب أن يؤشر المأمور المذكور فى آخر كل سنة على نهاية الدفتر أو نهاية ما وصلت إليه الكتابة فيه ، ولا يجوز للمأمور بأى حال من الأحوال ولا بأية وسيلة أن يطلع على مضمون الدفاتر المقدمة له للتأشير عليها ولا حجزها عنده . ولا بد أن يعامل دفتر المكاتبات معاملة دفترى اليومية

والجرد، لأن المشرع و إن كان لم يذكره فيما يتعلق بالتأشير على كل صحيفة منه الا أنه ذكره فيما يتعلق بالتأشير عليه فى آخر كل سنة، ولا معنى للتفريق بينه وبين الدفترين الآخرين . ومع ذلك يظهر أنهم يكتفون فى العمل بالتأشير فى أول الدفتر وعند الانتهاء منه . و يظهر أن العمل الآن جار على استبدال دفتر المكاتبات بملف تودع فيه صور الخطابات مأخوذة بالكربون بواسطة الآلة الكاتبة تبعا لتطور نظام المكاتبات التجارية الحديث . والغالب فى تأشير المأمور أن يكون بوضع إمضائه أو ختمه على الصحيفة عند التأشير السنوى فى نهاية الدفتر . وتقليد إمضاء المأمور أو ختمه يعتبر تزويرا فى ورقة رسمية و يعاقب عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن (١٧٩/١٧٤ع ا م).

وقد أوجب القانون فى المادة ١٥/١٤ ت ا م المذكورة آنفا خلو الدفتر عند الكتابة فيه من أى فراغ أو بياض أو كتابة فى الحواشى . وذلك منعا للحشر أو الإضافة ، واذا حصل سهو أو خطأ فيجب ذكر السهو أو الخطأ فى الدفتر بترتيب تاريخ اكتشافه حينما وقع منه . ولكن المشرع استثنى دفتر المكاتبات من واجب عدم ترك بياض . اذ قال "عدا ما يترك فى هذا من البياض بسبب الطبع" أى طبع صور الخطابات فيه (١٥/١٤ ت ا م) .

١٢٧ — الجزاء على عدم مراعاة الاجراءات المتقدمة — يلاحظ أن الإجراءات المتقدمة مقصورة على الدفاتر الالزامية أى التى أوجب القانون على التاجر حفظها .

واذا لم تراع الاجراءات التى نص عليها بشأنها فى المادتين ١١ و١٢/١٣ ، ١٤ ت ا م فانه يعتبر مفلسا بالتقصير[١] ويعاقب بالحبس لمدة لا تزيد

(١) وعدم حفظ هذه الدفاتر أصلا كاف لاعتبار التاجر مفالسا بالتقصير بدون حاجة إلى دلائل أخرى (س م ١٩٠٧/١/٢٠ مج ت م ١٩ ص ١٢٦ ، وعدم حفظ دفاتر منتظمة كذلك س م ١٩٠٣/١١/١٨ مج ت م ١٦ ص ١١) .

على سنتين فى الأهلى (٢٨٨ ، ٢٨٩ ع ا) ، وبالحبس من شهر الى سنتين فى المختلط (٢٩٦ ، ٢٩٩ ع م). أما اذا كان متوقفا عن الدفع وأخفى دفاتره أو أعدمها أو غير فيها فانه يعتبر متفالسا بالتدليس ويعاقب طبقا للمادتين ٢٨٥ ، ٢٨٦ ع أهلى بعقوبة جناية ، وهى السجن من ثلاث سنوات الى خمس ، وطبقا للمادتين ٢٩٣ ، ٢٩٤ ع مختلط بالحبس لمدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات أى بعقوبة جنحة كما هى الحال فى التفالس بالتقصير أيضا .

وفوق ما تقدم فان التاجر الذى يهمل فى مراعاة الاجراءات المنصوص عليها قانونا لا يستفيد من قوة الاثبات التى قررها المشرع للدفاتر التجارية لأنه يجب لاعتبارها دليلا أن تكون منتظمة ومحفوظة طبقا للقانون (١٥/١٦ ت ا م) .

ولكن يلاحظ أن العبرة هى بالدفاتر الالزامية لا بغيرها من الدفاتر [1] كما يلاحظ أن الدفاتر التى يحفظها غير تاجر لا تعتبر من الدفاتر التجارية ولا تعتبر دليلا على غيره [2] .

١٢٨ — مضى المدة على الدفاتر التجارية — الى أى وقت يجب على التاجر أن يحتفظ بدفاتره ؟ لم ينص المشرع المصرى على المدة التى يجب على التاجر أن يحتفظ خلالها بدفاتره التجارية خلافا للشرع الفرنسى الذى نص عليها (مادة ١١ ت ف) وجعلها عشر سنوات . وقد حكمت المحاكم المختلطة فى أحد أحكامها بأن التاجر يجب أن يحتفظ بدفاتره مدة معقولة قدرتها باثنتى عشرة سنة [3] . ويرى بعض الكتاب أن هذا القيد تحكمى ، وأنه كان الواجب

---

(١) س م ١٨٧٧/١/٣١ مج ر ٢ ص ١٠٢

(٢) الأحكام التى أوردها بو يكوفر فى رقم ٤ — ٨ ص ٣٠

(٣) س م ١٨٩٦/١/١٦ مج ت م ٨ ص ٧٧

على المحكمة إما أن تقدرها كالمشرع الفرنسى بعشر سنوات أو تتركها لحكم القواعد العامة فتجعلها ١٥ سنة وهى المدة المقررة لسقوط الحق بمضى المدة الطويلة . ونرى من حكم حديث للمحكمة المختلطة (١) أن تقدير مضى المدة يتوقف على الحق الثابت بالدفاتر والخطابات ، فان كان هذا الحق يسقط بمضى المدة الطويلة وجب الاحتفاظ بها طول هذه المدة . وإن كان يسقط بأقل من ذلك وجب الاحتفاظ بها الى أن يسقط . وعلى كل حال فان المدة يبتدئ احتسابها من تاريخ آخر عملية أجريت فى الدفتر . .

الفصل الثانى

القضاء التجارى — المحاكم التجارية واختصاصها

١٢٩ — إن فصل القضاء التجارى عن القضاء المدنى غير معروف فى القانون الأهلى ، ولذلك فالمحاكم الأهلية المدنية هى التى تفصل فى المسائل المدنية ، ولذلك أيضا لم يقرر المشرع فى القانون التجارى الأهلى نصا يقابل نص المادة الأولى من القانون التجارى المختلط التى تتكلم عن اختصاص المحاكم التجارية من حيث الموضوع أى من جهة نوع القضية Ratione materiae ومعنى ذلك أنه لامحل فى القضاء الأهلى للبحث فى اختصاص المحاكم الأهلية المدنية من جهة نوع القضية إن كانت تجارية أو مدنية ، لأن كل القضايا ، سواء أكانت متعلقة بالتجارة أم لا ، ترفع أمام هيئة واحدة هى هيئة المحاكم المدنية . وكذلك لامحل للبحث فى اختصاصها من حيث الأشخاص Ratione personae لمعرفة إن كانوا تجارا أم لا ، لأن الجميع خاضع لها .

(١) س م ٢١/٤/١٩٣٢ مج ت م ٤٤ ص ٢٩١ وانظر ملش وفال بند ١٨٥

ولكن هناك محل للبحث فى اختصاص المحاكم الأهلية بالقضايا التجارية من جهة مركز المحكمة Ratione Loci ، لأن القضايا التجارية هى من القضايا الشخصية ويهمنا أن نعرف هل تخضع لقواعد الاختصاص التى تخضع لها القضايا الشخصية المدنية أم أن الاختصاص فيها يتبع قواعد أخرى .

١٢٩ مكرر — اختصاص المحاكم الأهلية بالنسبة لمركزها فى القضايا التجارية — وردت فى المادة ٣٤ مرافعات أهلى فقرتان تكلمتا على الاختصاص فى المسائل التجارية خاصة وهما : الفقرة ٤ التى تقضى باختصاص المحكمة التى أعلنت الافلاس بكل ما يتعلق بالتفليسة ، والفقرة ٧ التى تقضى بأن الاختصاص فى المسائل التجارية يكون لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى حصل الاتفاق وتسليم البضاعة فى دائرتها أو للمحكمة التى اتفق على دفع الثمن فى دائرتها أيضا . و يمكن أن نضيف الى هاتين الفقرتين نص الفقرة ٣ التى تجعل الاختصاص فى مسائل الشركات الى المحكمة التى يوجد بدائرتها المركز الادارى للشركة ، أو التى يوجد بدائرتها فرع للشركة لأنها و إن كانت تكلمت على الشركات عموما إلا أنها تشمل ضمنا الشركات التجارية .

ونلاحظ أن الفقرة ٤ التى تتعلق بالاختصاص فى الدعاوى المتعلقة بالتفليسة اكتفت بالقول بأن المحكمة المختصة هى المحكمة التى أعلنت الافلاس ولم تبين ماهى هذه المحكمة . ولكن هذه الصعوبة لا قيمة لها ، لأن الفقرة ٧ نصت على الاختصاص فى المسائل التجارية عموما — ودعوى إفلاس التاجر منها حتما — يكون لمحكمة موطن المدعى عليه . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فدعوى الافلاس دعوى شخصية وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٤ على أن الدعاوى الشخصية ترفع على المدعى عليه أمام المحكمة الكائن بها محله أى موطنه .

وعلى ذلك تكون المحكمة المختصة بإشهار إفلاس التاجر هى المحكمة الكائن بها موطنه أى محله الأصلى . واذا تعينت هذه المحكمة بهذا الشكل أصبحت

مختصة بنظر كل دعوى متعلقة بالتفليسة وتنشأ عنها ولو كانت هذه الدعوى مدنية، بشرط أن تكون ناشئة مباشرة من التفليسة. وكذلك يقال بالنسبة للشركات فيطلب إفلاسها فى المحكمة التى يوجد بها موطنها وهو المحل الذى يوجد فيه مجلس ادارتها أو محل عملها الرئيسى أو الرصيد .

وليس اختصاص محكمة الموطن مقصوراً على دعاوى الافلاس بل يشمل كل دعوى تجارية أخرى . إلا أن المشرع أجاز فى مسائل العقود التجارية دون المدنية [١] رفع الدعوى إما الى محكمة الموطن أو الى المحكمة التى تم فى دائرتها العقد وتسليم البضاعة معا أو الى المحكمة التى اتفق على دفع الثمن فى دائرتها . والمدعى بالخيار فى رفع الدعوى أمام إحدى هذه المحاكم الثلاث . ويظهر أن السبب فى ذلك كما يقول عبد الفتاح السيد بك [٢] هو أن التجارة لما كانت تقتضى السرعة لذلك أعطى المشرع للمدعى التاجر حق رفع دعواه بالخيار أمام إحدى هذه المحاكم الثلاث أيتها أقرب اليه . وفى مسائل الشركات ترفع الدعوى بشأن العقد أمام المحكمة الكائن بها مجلس ادارة الشركة أو الكائن بها فرع الشركة الذى حصل معه العقد ، أو الى محكمة دفع الثمن كما هى الحال بالنسبة للأفراد .

وليس فى هذه القواعد فى الواقع شيء يخالف القواعد الأساسية العامة فى الاختصاص بالدعاوى الشخصية المدنية الا فيما يتعلق باختصاص محكمة محل العقد [٣] .

١٣٠ — الاختصاص الدولى للمحاكم الأهلية فى المسائل

التجارية — واذا كانت المادة ٣٤ مرافعات وردت فى قانون المرافعات

---

(١) عابدين ١٧/١١/١٩٠٢ ، الموسكى ٩/١٠/١٩٠١ ومصر الكلية ٢١/٣/١٩٠٦ بدرمانى ٥٧ و٥٨ و٥٤/١١/٢

(٢) الوجيز فى المرافعات ص ٢٨٣

(٣) الأحكام المذكورة فى الهامش السابق .

فى باب الاختصاص الداخلى إلا أنها أيضا تتبع فى بيان اختصاص المحاكم الأهلية من الوجهة الدولية. فتكون المحاكم الأهلية مختصة دوليا بنظر الدعاوى التى ترفع على تاجر متوطن فى مصر كدعوى إفلاسه ، وذلك سواء ا كان وطنيا أم أجنبيا غير متمتع بالامتيازات (مع مراعاة التنازع بالنسبة لهذا الأخير بينها و بين المحاكم المختلطة) . كما تكون مختصة دوليا أيضا اذا كانت مصر هى البلد الذى حصل فيه الاتفاق وتسليم البضاعة أو اذا كان متفقا على دفع الثمن فى مصر .

١٣١ — تطبيق القانون التجارى فى المحاكم الأهلية المدنية — ومتى كانت المحاكم الأهلية مختصة دوليا وداخليا فانها تطبق القانون التجارى اذا كان العمل المتنازع عليه أمامها تجاريا ، ولو لم يكن الخصوم تجارا . وكذلك اذا كانوا تجارا وكان العمل المتنازع عليه تجاريا . ونستتكلم فيما يلى على طرق الاثبات التى تقبل من التاجر وغيره أمام هذه المحاكم .

١٣٢ — القضاء التجارى فى النظام المختلط — أما النظام المختلط فانه فرق بين القضاء المدنى و بين القضاء التجارى إذ نص فى المادة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على انشاء محاكم تجارية ، ونص فى المادة ١ ت م على اختصاص هذه المحاكم بالنسبة للأشخاص وللموضوع .

ومن المادة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة يتبين أن المحكمة التجارية تتكون كالمحكمة المدنيـة من ثلاثة قضاة ، اثنان أجنبيان ومنهما الرئيس وواحد وطنى ، ويزاد عليهم اثنان من التجار بصفة عدول أو محلفين أحدهما وطنى والآخر أجنبى يشـتركان مع قضاة المحكمة الثلاثة فى المداولة والحكم ولكل منهما صوت . و يلاحظ أن التفريق بين القضاءين التجارى والمدنى فى المختلط مقصور فقط على المحاكم الابتدائية أى الكلية .

أما المحاكم الجزئية ومحكمة الاستئناف وغيرها كالمحاكم المستعجلة فانها تحكم فى المسائل المدنيــة والتجارية على حد سواء فى حدود نصاب كل منها (١). ويلاحظ أن المحاكم التجارية غير مختصة بنظر الاشكالات التى تحصل فى تنفيذ أحكامها ، وليس لها أن تنظر فى استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئيــة فى المسائل التجارية . بل المختص بنظر الاشكالات فى تنفيــذ الأحكام الصادرة من المحاكم التجارية وفى استئناف الأحكام التجارية الصادرة من المحاكم الجزئية هى المحكمة المدنية . ويلاحظ أن قضايا الافلاس مهما كانت قيمتها من اختصاص المحاكم التجارية الكلية دون المحاكم الجزئية .

١٣٣ — ويكفى إلقــاء نظرة على ترتيب القضاء التجارى كما هو فى الوصف المتقدم لنعرف مقدار الخلط والتلفيق فى تكوينه وعدم الحاجة اليه . فبعض المسائل التجارية وهى التى تدخل فى نصاب القــاضى الجزئى المختلط ينظرها نفس القاضى الذى ينظر فى المسائل المدنية ، وتستأنف الى المحكمة الكلية المدنية . والبعض الآخر لا تنظره المحكمة التجارية نفسها . مثلا إذا طرأ اشكال فى تنفيذ الأحكام الصادرة منها فى هذه المسائل لم يكن لها حق النظر والفصل فيه ، لأن النظر والفصل فيه جعلا من اختصاص المحكمة المدنية أو المحكمة المستعجلة ، بحسب ما اذا كان الاشكال موضوعيا أو شكليا . واذا رفع استئناف عن حكم من أحكام المحكمة التجارية فالى محكمة الاســتئناف العادية التى تنظر فى استئناف الأحكام المدنية والتجارية معا .

فهل بعد ذلك يمكن أن نفهم الحكمة أو السبب فى بقاء هــذا النظام ؟ أو بالأحرى هل يمكن القول بأن هناك قضاء تجارى بالمعنى التام ؟ أليس الأولى زوال هــذا التلفيق والخلط ! اننا لا نتعرض هنا للفائدة المرجوة أو

(١) راجع فى نصاب اختصاص المحاكم التجارية المختلطة كتابنا فى النظام القضائى فى مصر .

المحققة من وجود المحلفين التجاريين فقد تكلمنا عنها فيما سبق (بند ١٩ آنفا) . وانما ننعى هنا على هذا النظام سوء تكوينه واضطرابه بغض النظر عما عدا ذلك من الإعتبارات .

١٣٤ — اختصاص المحاكم التجارية المختلطة — أما عن اختصاصها من جهة مركز المحكمة وكذلك عن اختصاصها من الوجهة الدولية فما قلناه فى اختصاص المحاكم الأهلية ينطبق عليها حرفا بحرف لتشابه النصوص فى القانونين . (قارن المادة ٣٥ مرافعات مختلط ، الفقرات ١ و ٣ و ٤ و ٧ بالمادة ٣٤ مرافعات أهلى ، الفقرات ١ و ٣ و ٤ و ٧ أيضا) .

أما عن اختصاص المحاكم التجارية المختلطة بالنسبة للأشخاص و بالنسبة لنوع القضية أى بالنسبة للتجار وغيرهم و بالنسبة للمنازعات التجارية فقد بينته المادة الأولى من قانون التجارة المختلط . وهى تقضى باختصاص هذه المحاكم فى الأحوال الآتية وهى :

أولا — فى جميع الخصومات المتعلقة بالعقود والمعاملات بين التجار Commerçants والمتسببين Marchands والصيارف Banquiers (المادة ١ ت م فقرة ١) . وقد كان من الطبيعى أن تكون جميع العقود والمعاملات بين التجار من اختصاص المحاكم التجارية ، لأننا عرفنا عند الكلام على نظرية التجارية بالتبعية أن جميع هذه العقود والمعاملات يفترض فيها أنها متعلقة بتجارة التجار الذين وقعت بينهم أو منهم ، أى انها تعتبر أعمالا تجارية فتختص بها المحاكم التجارية . إلا أننا عرفنا أيضا أن هذا الفرض لا يعول عليه اذا ثبت أن هذه العقود والمعاملات غير متعلقة بتجارة التاجر الذى صدرت منه ، كما لو كانت بطبيعتها مدنية ، أو أثبت التاجر أنها غير متعلقة بتجارته . وفى هذه الحالة يكون من الواجب القول بعدم اختصاص

المحاكم التجارية بها وان كانت صادرة من تاجر . وقد أقر المشرع نفسه هذا الرأى فى المادة ٧ ت م إذ صرح بأن "الدعاوى التى ترفع على التجار بطلب دفع أثمان غلال أو مأكولات اشتروها لاستعمالهم الخاص لا تكون من اختصاص المحاكم التجارية"[1] .

وعلى ذلك لا يكفى لاختصاص المحاكم التجارية أن يكون الخصوم من التجار ، بل لا بد أن يكون موضوع الخصومة متعلقا بتجارتهم ، لأن العبرة ليست بصفة الخصوم بل بموضوع الدعوى . وبهذا يجرى قضاء المحاكم المختلطة باستمرار . فقد قالت فى أحد أحكامها بأنه اذا كان مجرد اتصاف الشخص بوصف تاجر يكفى لاعتبار جميع تعهداته من الأعمال التجارية واخضاعه من أجلها لاختصاص المحاكم التجارية ، الا أن لهذه القاعدة استثناء يترتب عليه زوال هذا الاعتبار فى حالة ما اذا أثبت التاجر أن التعهدات التى يطلب حضوره من أجلها أمام المحكمة التجارية ليست متعلقة بأعمال تجارته[2] ، كأن تكون

---

(١) وقد نص أيضا فى المادة ٨ ت م على مثل ذلك بالنسبة للسندات تحت الإذن فقرر أنها تعتبر تجارية اذا كانت ممضاة من تاجر أو متعهد بادارة أموال عمومية ما لم يكن مبينا فيها سبب آخر . ومع ذلك فالمحاكم المختلطة تجعلها دائما من اختصاص المحاكم التجارية وحدها ولو كانت ممضاة من غير تاجر (س م ١٠/١/١٨٧٨ بوريللى ٢٠١ وتع ٣/١/٢٨ ، ٢٨/٣/١٨٧٨ بوريللى ٢٠١ وتع ٥/١/٩ . وقد كانت تقضى أيضا بأن المحاكم الجزئية المختلطة غير مختصة بنظر الدعاوى الخاصة بالسندات الاذنية مهما كانت صفة الخصوم ، وذلك قبل تعديل المادة ٢٩ مرافعات مختلط التى لم تكن تعطى القاضى الجزئى اختصاصا ما فى المسائل التجارية (س م ١٨/٣/١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٢٥١ ، س م ١٦/٥/١٨٧٨ ج/٣ ص ٢٥٥ ، ٢٥٧) ولكن لما عدلت هذه المادة وأصبح القاضى الجزئى مختصا بالمسائل التجارية ما عدا الافلاس فى حدود نصابه أصبح مختصا أيضا بالسندات الاذنية اذا كانت قيمتها لا تزيد على مائة جنيه (بوبيكوفر نمرة ٦ — ١٠ ص ٢ ، وقانون ٢٣ سنة ١٩١٣ .)

(٢) س م ٢٥/٤/١٨٨٨ بوريللى ٢٠١ وتع ١١/٩/١ ، ٧/٣/١٨٨٨ بوبيكوفر ١/٢/١١

الخصومة خاصة بعقد بيع عقار بيعا وفائيا تم بين تاجرين [١] ، أو كانت خاصة بشراء غلال أو مأكولات لمنزله أو جهاز لابنته .

وأما اذا لم يثبت أن التعهد أو العقد ليس له صلة بالتجارة فيكفى كونه حاصلا بين تاجرين ليكون من اختصاص المحاكم التجارية ، لأنه حينئذ يفترض فيه أنه متعلق بتجارتهما .

ويعتبر التنازع على تفسير مشارطة بين التجار أو على تنفيذها [٢] من المسائل المتعلقة بتجارتهم ، وكذلك التنازع على صحة وجود شركة تجارية وآثاره [٣] ، ودعوى تقليد آلة لرفع الماء صنعها المدعى [٤] ، وهكذا .

وانما اشترط المشرع لكى تكون الدعوى من اختصاص المحاكم التجارية وحدها دون غيرها أن يكون الخصمان من التجار [٥] والعمل متعلقا بتجارتهم لأنه فى هذه الحالة يكون كل منهما خاضعا لها. أما اذا كان أحدهما تاجرا والآخر غير تاجر ، أو اذا كان العمل من جانب أحدهما تجاريا ومن جانب الآخر غير تجارى ، فسنعرف حكم هاتين الحالتين عند الكلام على الاختصاص بالنسبة للأعمال التجارية المختلطة فيما يلى (بند ١٣٤ مكرر) .

---

(١) سم ١٨٧٦/١١/١٦ ج ٢ر ص ١١

(٢) سم ١٨٩٥/١٢/١٩ ج ت م ٨ ص ٤٥

(٣) سم ١٨٩٥/٥/٣٠ ج ت م ٨ ص ٣١٨

(٤) سم ١٩١٠/٤/٦ ج ت م ٢٢ ص ٢١٧ وانظر أيضا ١٨٩٥/١٢/١٩ ج ت م ٨ ص ٤٥ وكان خاصا بالنزاع على الاشتراك فى ملكية موجودات محل تجارى .

(٥) سم ١٩٠٥/٥/١٠ ج ت م ٢٧ ص ٢٦١

ثانيا — فى جميع الخصومات المتعلقة بالأعمال التجارية بغض النظر عمن صدرت منه تلك الأعمال أى سواء أكانت تلك الأعمال صادرة من تاجر أم من غير تاجر (المادة ١ ت م فقرة ٢) .

فى هذه الحالة يكفى أن يكون العمل المتنازع عليه عملا تجاريا حتى تكون المحكمة التجارية مختصة بالنظر فيه وفى كل ماينشأ عنه من المنازعات(١) بغض النظر عما اذا كان من صدر منه العمل تاجرا أو غير تاجر (٢) . وهذه هى حالة الأشخاص الذين يعملون من آن لآخر أعمالا تجارية دون أن يحترفوا التجارة(٣) .

وفى هذه الحالة أيضا كما فى الحالة السابقة يجب لتكون المحكمة التجارية وحدها هى المختصة بالفصل فى العمل التجارى أن يكون هذا العمل معتبرا كذلك بالنسبة لكل من الخصمين ، اذ لا يكون هناك محل لاختصاص المحاكم المدنية من جانب أحدهما .

---

(١) س م ١٨٨٩/١/٢ مج ت م ١ ص ٣٧٨ الذى قضى بأن كل ما ينشأ من الصعوبات فى تنفيذ عقد تجارى تختص به المحاكم التجارية .

(٢) وتطبيقا لذلك قضى بأن التفويض المعطى من غير تاجر لسمسار فى البورصة لشراء و بيع أوراق مالية يعتبر عملا تجاريا ما دام قصد غير التاجر هو المضاربة بما يشتريه له السمسار من الأوراق أى بيعها بعد شرائها وكسب الفرق ، وتختص بالنظر فيه المحكمة التجارية بغض النظر عن كون معطيه غير تاجر (س م ١٨٨٦/٢/١٨ بويللى ١ ٢٠١ وتع ١٠/٩/١) . وقضى بأن الدعوى على عميل البنك بطلب رصيد حسابه الجارى المدين مع البنك تعتبر من اختصاص المحاكم التجارية حتى ولو كان العميل غير تاجر اذا كان الحساب فتح طبقا للعادات التجارية المرعية فى الجهة (س م ١٩٠٧/٢/١٠ مج ت م ٢١ ص ١٦٨) ، وبأن الاشتغال بوظيفته مدير شركة مساهمة وان كان لا يجعل المدير تاجرا الا أنه يتضمن بطبيعة مركزه القيام ببعض أعمال لابد أن تختص بها المحاكم التجارية س م ١٩٠٨/٥/٢٧ مج ت م ٢٠ ص ٢٥١

(٣) س م ١٩٠٥/٣/١ مج ت م ١٧ ص ١٣٦

ويلاحظ أن الكمبيالات والسندات الممضاة من البنات والنساء اللائى لسن بتاجرات ومن الزراع (الفلاحين) الوطنيين لا تعتبر أعمالا تجارية بالنسبة لهم ، فلا يمكن لذلك أن تختص بالنسبة لهم المحاكم التجارية . وقد عرفنا أن الكمبيالات الممضاة من القاصر تعتبر باطلة ، ودعوى بطلانها تكون من اختصاص المحكمة المدنية لا التجارية ، لأن الكمبيالة الممضاة من القاصر لا تعتبر كمبيالة ولا عملا تجاريا بالنسبة له .

١٣٤ مكرر — الاختصاص بالنسبة للاعمال التجارية المختلطة — اذا لم يكن العمل تجارياً من جانب كل من الخصمين ، بل كان تجاريا من جانب أحدهما سواء أكان كذلك بطبيعته أو طبقا لنظرية التبعية ، وكان مدنيا من جانب الآخر فهل يكون من اختصاص المحاكم التجارية أم المدنية؟

اتفقت كلمة معظم الشراح والقضاء[1] على أن من كان العمل من جانبه مدنيا له الخيار فى أن يرفع دعواه على من كان العمل تجاريا من جانبه إما الى المحكمة المدنية أو الى المحكمة التجارية .

وتبرير هذا الخيار ينحصر فى أن غير التاجر لا يرغم على ترك قضاته الطبيعيين والخضوع للمحاكم التجارية لمجرد كونه تعامل مع تاجر . فهو حر إن شاء رفع دعواه أمام المحكمة المدنية التى هى محكمته العادية ، وإن شاء رفعها الى المحكمة التجارية التى هى المختصة بالنسبة لخصمه . وانما يجب لجواز رفع الدعوى أمام

---

(١) تاليرو پرسيرو بند ٤٠ ص ٣٥ — ٣٦ والهوامش ص ٣٦ ، شيرون بند ٥٢ ؛ ليون كان ورينو بند ١٣٦٠ ، نقض فرنسى ١/٧/١٩٠٨ دالوز ١١/١/١٩٠٩ ، س م ١٧/٧/١٨٨٥ بوبيكوفر ٢٤ و ٢٥/٣/١٩٠١ ، س م ٢/٦/١٨٩٢ مج ر ١٧ ص ٢٠٦ ، ١٠٢/٥/١٩٠٥ مج ث م ١٧ ص ٢٦١

المحكمة التجارية أن يثبت أن العمل يعتبر تجاريا من جانب المدعى عليه[1] . أما اذا كان رافع الدعوى هو من يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له فيجب ان يرفع الدعوى الى المحكمة المدنية على خصمه الذى يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له . وليس له خيار فى غير ذلك للسبب المتقدم .

١٣٥ — الاختصاص التبعى للمحاكم التجارية Compétence par voie d'occessoire — لا نقصد بذلك اختصاص المحاكم التجارية بالنسبة للأعمال التجارية بالتبعية[2] ، فهذه عرفنا حكمها من القاعدة الأولى التى ذكرناها فى البند السابق . والواقع أنه لا فرق فى اختصاص المحاكم التجارية بالأعمال التجارية بين أن تكون تلك الأعمال تجارية بطبيعتها أو بالتبعية . وانما نقصد معرفة ما اذا كانت سلطة المحاكم التجارية تمتد الى الحكم فى قضايا مدنية تبعا للحكم فى قضايا تجارية مرفوعة لها بصفة أصلية تطبيقا لقاعدة "قاضى الأصل قاضى الفرع Juge du principal juge de l'accessoire" ، فكثيرا مايحدث أن يتفرع من الدعوى التجارية المرفوعة بصفة أصلية الى المحكمة التجارية المختصة دعاو أخرى فرعية ولكنها ليست تجارية ، أو دعاو على أشخاص لا يعتبرون من التجار ولا تعتبر هذه الدعاوى بالنسبة لهم متعلقة بعمل تجارى . ومن ذلك دعاوى البطلان والاسترداد التى تنشأ عن دعوى الافلاس . والدعاوى التى ترفع على الضامن والكفيل الذى يضمن أو يكفل دينا تجاريا أثناء المطالبة بهذا الدين .

---

(١) س م ١٨٩٢/٦/٨ مج ت م ٤ ص ٢٦٣

(٢) ذكر بوبيكوفر اختصاص المحاكم التجارية بالنسبة للأعمال التجارية بالتبعية تحت هذا العنوان ثم أفاض فى ذكر الأحكام التى قضت فيها المحاكم التجارية باختصاصها فى الأعمال التجارية بالتبعية بأنواعها (بوبيكوفر ص ٥ — ٨ ، والأحكام المذكورة فيه نمر ٤٤ — ٦٧) .

الدعاوى المتفرعة عن دعوى الافلاس — قرر المشرع فى المادة ٣٤/ ٣٥ مرافعات ا م فقرة ٤ أن المحكمة التى أشهرت الافلاس تكون مختصة بكل ما ينشأ عنه مما يتعلق بالتفليسة . ولذلك لا نزاع فى أن المحكمة التجارية التى أشهرت الافلاس يمتد اختصاصها الى كل دعوى تنشأ عنه، ولو كانت هذه الدعوى مدنية بشرط أن تكون ناشئة من التفليسة مباشرة أو متعلقة بها[1] .

الدعوى على الضامن والكفيل — عرفنا عند الكلام على الأعمال التجارية بالتبعية أن الضامن والكفيل لا يعمل عملا تجاريا اذا ضمن أو كفل دينا تجاريا ، الا اذا كان هو نفسه تاجرا وكانت الكفالة متعلقة بعمله التجارى أو احترف بها واعتاد عليها. وفى غير هاتين الحالتين يبقى عمله مدنيا بحتا رغم كون الدين المكفول تجاريا ورغم كون المدين الأصلى من التجار . ولذلك اذا رفعت على الضامن أوالكفيل دعوى مستقلة للمطالبة بالدين فهذه الدعوى تعتبر مدنية بالنسبة له ولا يختص بها غير المحكمة المدنية[2] . أما اذا رفعت الدعوى عليهما تبعا للدعوى الأصلية بالدين أمام المحكمة التجارية فقد جرى القضاء[3] على اختصاص المحكمة التجارية بها طبقا لقاعدة قاضى الأصل قاضى الفرع ، بشرط ألا يكون الغرض من رفع الدعوى هو مجرد النكاية

---

(١) راجع ما قلناه عن تجارية دعوى الافلاس بند ٩٢ ، وانظر الأحكام التى أشرنا اليها فى الهوامش ١ — ٤ عليه لمعرفة متى تعتبر الدعوى ناشئة مباشرة من التفليسة أو متعلقة بها ومتى لا تعتبر .

(٢) س م ١٩٠٥/٤/٢٧ مج ت م ١٨ ص ٢٣٤

(٣) الحكم السابق، س م ١٩٠٢/٤/٣٠ ، ١٩٠٨/١٢/٣٠ ، ١٩١١/١/١٣ مج ت م ١٤ ص ٢٦٠ ، ٢١ ص ١٠٤ ، ٢٣ ص ١١٣ على التوالى وانظر أيضا ١٠/٦/ ١٩١٤ ج ٤/١٧٩/٤٢٩ وبوبيكوفر ٥٦/٧/١

بالكفيل أو الضامن وجلبه الى محكمة غير محكمته الطبيعية[١]. ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الكفيل متضامنا أو غير متضامن ، لأن اشتراط التضامن مع الكفيل ليس من شأنه أن يحيل عمله المدنى الى عمل تجارى[٢] .

الدعوى المرفوعة على مستخدمى التاجر وعماله أو منهم — قضت المادة ٥ ت م باختصاص المحاكم التجارية بنظر الدعاوى التى ترفع على مستخدمى التاجر وعماله بسبب الأعمال التى تحصل منهم متعلقة بتجارة التاجر مخدومهم. وقضت المحاكم باختصاص المحاكم التجارية بهذه الدعاوى سواء أكانت مرفوعة من التاجر نفسه[٣] أو من غيره ، بشرط أن تكون مرفوعة عليهم بصفتهم مستخدميه أو عماله و بسبب أعمال تجارته . وقضت أيضا بتطبيق هذه المادة فى الحالة العكسية وهى حالة رفع الدعوى من المستخدمين والعمال على التاجر بطلب أجورهم أو التعويض عن رفتهم والاستغناء عنهم[٤] ، وان كانت هذه الأعمال مدنية من جانبهم . وليس هذا غريبا لأن استخدامهم يعتبر عملا تجاريا بالنسبة له . ولكنها أجازت أيضا اختصاص المحاكم المدنية بالدعوى التى يرفعها هؤلاء على مخدومهم[٥] فى نفس الأحوال السابقة وليس

---

(١) س م ١٨٩٠/٦/١٤ مج ت م ٢ ص ٣٠٢ ، ١٨٩٠/٤/٩ مج ت م ٢ ص ٢٩٦ ، ١٩٠٠/١/١٠ مج ت م ١٢ ص ٧٢

(٢) س م ١٩١٤/٦/١٠ ج ٤٢٩/١٧٩/٤

(٣) س م ١٨٩٠/٦/٢٣ مج ر ١٥ ص ١٩٠ ، ١٩٠١/١٢/١٢ مج ت م ١٤ ص ٤٦

(٤) مصر المختلطة ١٩١٠/١١/٢١ ج ٣٣/١ بوبيكوفر ١٨/٧ — ١/١٩ ، س م ١٨٩٠/٦/٢٣ ، ١٨٩١/٣/١٨ ، ١٨٩٤/٤/٤ مج ت م ٢ ص ٤٢٧ ، ٣ ص ٢٤٠ ، ص ٢٤٤

(٥) ت م ١٨٩٨/٣/١٦ مج ت م ١٠ ص ١٩٨ واسكندرية المختلطة ١٩١٢/٦/٢٢ ج ١٧٧/٢

هـذا أيضا غريبا لأن العمل من جانبهم مدنى أى أن العمل فى الواقع مختلط فلهم أن يختاروا القضاء المدنى أو التجارى .

١٣٦ — قواعد الاختصاص المتقدمة والنظام العام — يجب أن تفرق بين الاختصاص الدولى والاختصاص الداخلى : (١) فالاختصاص الدولى تعتبره المحاكم المختلطة من النظام العام ، بمعنى أنه لا يجوز للخصوم أن يرفعوا دعواهم الى محكمة فى دولة أجنبيـة اذا كانت هـذه الدعوى تدخل فى اختصاص المحاكم المصرية . ولا فرق فى ذلك بين المسائل المدنية والمسائل التجارية . وترى أن يكون الحكم كذلك بالنسبة لاختصاص المحاكم الأهلية الدولى [1] .

(٢) أما الاختصاص الداخلى فيجب أن نفرق فيه بين الاختصاص بالنسبة لمركز المحكمة والاختصاص بالنسبة لنوع القضية . فالأول لا يعتبر من النظام العام بمعنى أنه يمكن للخصوم أن يتفقوا على رفع الدعوى التجارية أمام محكمة أخرى غير محكمة موطن المدعى عليه أو محـله ، وهذا ظاهر من الفقرة ٤ من المـادة ٣٤/٣٥ مرافعات التى تخير المدعى فى مسائل العقود والمعاملات التجارية بين ثلاث محاكم عرفناها آنفا . والحكم واحد فى القانون الأهلى [2] وفى القانون المختلط .

أما الاختصاص بالنسبة لنوع القضية فهذا لا محل له أمام المحاكم الأهلية لمـا قدمنا من أن المحكمة الواحدة تحكم فى القضايا التجارية كما تحكم فى القضايا المدنيـة . ولكن له محلا وفيه كلام كثير بالنسبة للمحاكم المختلطة وتفصيل الكلام بالنسبة لهذه المحاكم هو كما يأتى ايجازا :

---

(١) راجع كتابنا الموجز فى القانون الدولى الخاص بند ٣٤ ص ٤٣ — ٤٤

(٢) انظر الموسكى الجزئية ١٦/١٠/١٩٠١ ح ١٧ ص ٢٨ وبدومانى ٢/١١/٥٦

يعتبر عدم اختصاص المحاكم التجارية المختلطة بالفصل فى الدعاوى المدنية من النظام العام . وذلك فيما عدا الدعاوى المدنيــة التى تنظرها تبعا للفصل فى دعوى تجارية أصلية والتى أشرنا إليها فى البند السابق . ومعنى كونه من النظــام العام هو أنه يجوز للمحكمة التجارية بل يجب عليها أن تحكم بعدم اختصاصها اذا رفعت إليها دعوى مدنية عدا ما ذكرنا، ولها أن تفعل ذلك من تلقاء نفسها وبحكم وظيفتها فلا تنتظر حتى يدفع من يهمه الأمر من الخصوم بعدم الاختصاص . وكذلك معناه أنه يجوز للخصوم أن يتمسكوا بعدم اختصاص المحكمة التجارية التى رفعت لهــا الدعوى المدنيــة فى أى وقت وفى أية حالة كانت عليها الدعوى . فلا يسقط حقهم فى التمسك به إذا سكتوا أو سهوا عنــه أمام المحكمة التجارية فى أول درجة بل لهم أن يتمسكوا به ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إذا استؤنف الحكم، كما لهم أن يتمسكوا به عند تنفيذه لمنع التنفيذ . والسبب فى ذلك أن المحاكم التجارية تعتبر محاكم استثنائية بالنسبة للمحاكم المدنية فليس لها أن تحكم فى غير ما يناط بها الحكم فيه بالذات .

(٣) عدم اختصاص المحاكم المدنية بالمسائل التجارية — يرى الشراح[1] أنه ليس من النظام العام لأن المحاكم المدنية هى الأصل ويجوز الرجوع من الاستثناء الى الأصل برفع الدعوى التجارية أمام المحكمة المدنية، ولا يجوز لهذه المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك به الخصوم أنفسهم ، لأن سكوتهم عن التمسك به يعتبر قبولا منهم أو اقرارا بالعدول عن المحاكم الاستثنائية الى المحاكم المدنية . ويسقط حقهم فى التمسك به اذا لم يبدوه للمحكمة قبل التكلم فى موضوع الخصومة In limini litis .

(١) عبد الفتاح السيد بك "الوجيز" ص ٢٦٥ ، المرحوم أبو هيف بك "مرافعات" بند ٥٥٥ ص ٢١٤

أما رأى القضاء فى هذا الموضوع فانه غير ثابت فقد كانت المحاكم المختلطة تذهب إلى عكس [١] رأى الشراح فى أحكامها القديمة باستمرار ، وتعتبر أن المحاكم المدنية غير مختصة أصلا بنظر قضايا تجارية ، ويجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص ، وكانت تجيز للخصوم التمسك به ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . ولكنها ترددت فى أحكامها بين رأيها الأول ورأى الشراح فى العهد الأخير [٢] .

(٤) اجتماع عدم الاختصاص المركزى والنوعى — اذا دفع بأن المحكمة غير مختصة بالنسبة لمركزها وكذلك بأن القضية ليست من نوع القضايا التى تفصل فيها المحكمة كأن كانت القضية مدنيـة والمحكمة تجارية أو العكس وجب الفصل أولا فى عدم الاختصاص النوعى [٣] . وكذلك اذا اجتمع عدم الاختصاص من الوجهة الدوليـة وعدم الاختصاص من الوجهة الداخلية وجب الفصل فى الاختصاص الدولى أولا لأن الاختصاص الداخلى لا يوجد إلا إذا وجد الاختصاص الدولى .

(١) س م ١٨٧٩/٤/١٧ مج ر ٤ ص ٢٨٠ ، ١٨٧٦/٦/٢٤ مج ر ١ ص ١٨٤ ، ١٨٧٧/٢/٢٦ مج ٢ ص ١٥٢ ، ١٨٨٤/٢/٧ مج ر ٩ ص ٦٢ ، ١٨٩٢/٣/٣١ مج ت م ٤ ص ١٨٨ ، ١٨٩١/٣/١٨ مج ت م ٣ ص ٢٤٠ ، ١٨٩٤/٥/٩ مج ت م ٦ ص ٢٧٨

(٢) س م ١٩٠١/١٢/٢٤ مج ت م ١٤ ص ٦٣ ، ١٩٠٧/٥/٧ مج ت م ١٩ ص ٢٣٨ وأخذت فيهما برأيها الأول .

وانظر س م ١٨٩٩/٥/٩ بوبيكوفر ٤/١/١ ، ١٩٠٠/٥/١٦ مج ت م ١٢ ص ٢٥٢ وأخذت فيها برأى الشراح .

(٣) س م ١٨٩١/٣/٥ مج ر ١٦ ص ٨٢

ملحق للقضاء التجارى

قواعد الاجراءات والمرافعات
فى المسائل التجارية

١٣٧ — الاجراءات التى تتبع فى القضايا التجارية سواء أمام المحاكم التجارية فى المختلط أو أمام المحاكم المدنية فى الأهلى هى بعينها الاجراءات المتبعة فى القضايا المدنية، سواء من جهة البيانات التى يجب ذكرها فى أوراق المحضرين، أو من جهة قيد الدعوى والسير والحكم فيها، أو من جهة التنفيذ على المحكوم ضده. ولا تختلف الا فى بعض أحوال معينة ينص القانون فيها على إجراءات خاصة بالمسائل التجارية منها :

أولا — إجراءات إثبات تقصير المدين فى الوفاء، وعلى الخصوص إجراءات إثبات تقصيره فى دفع قيمة الأوراق التجارية عند استحقاقها أو فى الامتناع عن قبولها (اجراءات البروتستو) فانها تختلف كثيرا عنها فى إثبات التقصير فى الديون المدنية .

ثانيا — إجراءات إفلاس التاجر اذا عجز عن دفع ديونه فانها تخالف كثيرا الاجراءات التى تتبع فى حالة غير التاجر مثل اجراءات نزع الملكية والحجز العقارى .

ثالثا — النفاذ المعجل ، فانه واجب فى الأحكام التجارية رغم استئنافها أو المعارضة فيها ، بشرط أن يدفع من حكم له كفالة إلا اذا أعفته منها المحكمة بناء على طلبه ، فى حين أنه غير واجب فى القضايا المدنية إلا فى أحوال معينة (٣٩١/٣٩٢ ص ١ م وما بعدها) .

رابعا — إجراءات تحقيق الرهن التجارى أى بيع الشىء المرهون فانها أسرع من إجراءات تحقيق الرهن المدنى .

هـذه أمثلة على أوجه الاختلاف فى الإجراءات بين القضايا المدنية والتجارية . ولن نتولى تفصيل بيان أوجه الخلاف هنا فكل سيأتى فى مكانه .

الفصل الثالث

طرق الاثبات فى المسائل التجارية

١٣٨ — تختلف قواعد الاثبات فى المواد التجارية عنها فى المواد المدنية . وسنتكلم هنا أولا على اثبات كون العمل تجاريا ، وثانيا على اثبات صفة التاجر ، وثالثا على طرق الاثبات التى يمكن قبولها فى المسائل التجارية ، ورابعا على قوة الدفاتر التجارية وما إليها فى الاثبات ، وخامسا على تقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها .

أولا — اثبات تجارية العمل

١٣٩ — يقولون إن الأصل فى أعمال الانسان أنها مدنية وأن التجارية طارئة عليها . ويبنون على ذلك أن من يدعى أن العمل المتنازع عليه تجارى عليه اثبات هذه الصفة وأن من يدعى أن العمل مدنى عليه اثبات مدنيته(١) . واذا كانت العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما فكان الواجب مادام أن الأصل فى الأعمال أنها مدنية أن تكون القاعدة أن يكلف من يدعى أنها تجارية باثبات هذه الصفة ، فان عجز اعتبرت مدنية ولم يكلف الآخر بشىء . وذلك طبقا لقاعدة أن عبء الاثبات يقع على المدعى أى مدعى خلاف الظاهر ، وهى قاعدة أساسية فى الاثبات وحكمها لا يختلف باختلاف كون المسألة مدنية أو تجارية .

---

(١) ماش وفال بند ١٥٥ ص ١٥ — ٦٦

١٤٠ — ويستثنى من أصل كون الأعمال مدنية، الأعمال التى تصدر من التجار، فان المشرع يفترض فيها أنها تجارية مالم يثبت أنها مدنية . وهذا الاستثناء يؤخذ من نص المادة ٢ فقرتى ٧ و ٩ ت ام ٨٦ ت م التى قررته بخصوص السندات الإذنية وجرت المحاكم والكتاب على تعميمه بالنسبة لجميع أعمال التاجر ما لم يثبت أنها مدنية [١] .

وفى هذه الحالة يكفى من يريد اثبات أن العمل تجارى أن يثبت أنه صدر من تاجر . وإذا أراد التاجر أن يحرم خصمه من الاستفادة من سهولة طرق الاثبات فى المسائل التجارية فعليه هو أن يثبت أن عمله لا علاقة له بتجارته أو أنه عمل مدنى بطبيعته . وانما يكلف التاجر باثبات المدنية فى هذه الحالة رغم كونها أصلا لأن المشرع افترض التجارية فى أعماله فأصبحت هى الأصل ما دام الفرض قائما .

ومن يقع عليه اثبات تجارية العمل له أن يثبتها بكافة الطرق المقررة فى المسائل التجارية .

١٤١ — اثبات الأعمال التجارية المختلطة — عرفنا (بند ١٣٤ مكرر آنفا) أن القضاءين الفرنسى والمختلط يعطيان الخيار لمن كان العمل مدنيا بالنسبة له فى أن يرفع دعواه على من كان العمل تجاريا بالنسبة له إما الى المحكمة التجارية أو الى المحكمة المدنية . أما من كان العمل مدنيا بالنسبة له فترفع الدعوى عليه دائما الى المحكمة المدنية . ويذهب القضاء الفرنسى الى القول

---

(١) ١٨٩٧/١٢/٣٠ مج ت م ١٠ ص ٧٦ ، ١٩٠١/٤/٢٥ مج ت م ١٣ ص ٢٦١ ، ١٨٩٨/٣/١٦ مج ت م ١٠ ص ١٩٧ ومع ذلك فاذا كان العمل الصادر من التاجر بطبيعته عملا مدنيا كان ينحصر فى بيع أو شراء عقار فلا يحتاج التاجر الى اثبات مدنيته (الأحكام السابقة) .

بوجود صلة تلازم Corrélation [١] بين المحكمة المرفوعة اليها الدعوى وبين طرق الاثبات فيقضى بأن الدعوى اذا رفعت الى المحكمة التجارية يجوز لرافعها أن يثبتها بكافة طرق الاثبات ولا يجب عليه التقيد بقواعد الاثبات المدنية ولو كان العمل المراد اثباته مدنيا بالنسبة له . فلا يكلف بتقديم كتابة لاثبات الدين أو العقد المدعى به ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات . وفى مقابل ذلك يجوز للمدعى عليه الذى يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له أن يثبت دفوعه بكافة طرق الاثبات أيضا ضد المدعى ولو كان العمل مدنيا بالنسبة له ، فيمكنه أن يثبت بكافة الطرق أنه دفع الدين أو أن الدائن أبرأه منه . أما اذا استعمل المدعى الذى يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له خياره ورفع دعواه الى المحكمة المدنية فيثبت كل من المدعى والمدعى عليه ما يدعيه بالطرق المدنية . ولكن يظهر أن هذه الحالة الأخيرة مختلف عليها ، لأن بعض الأحكام ذهب الى القول بجواز الاثبات فى هذه الحالة أيضا بكافة طرق الاثبات [٢] . والكتاب جد مختلفين فى هذا الموضوع . فمنهم من يذهب المذهب الغالب فى القضاء [٣] ، ومنهم من يرى أنه لا محل للقول بوجود تلازم بين المحكمة المرفوعة اليها الدعوى وبين طرق الاثبات ، ويبنى على ذلك أن من كان العمل تجاريا بالنسبة له يجوز الاثبات ضده بكافة الطرق ، وأن من كان العمل مدنيا بالنسبة له لا يجوز الاثبات ضده إلا بالطرق المدنية ، وذلك مهما كانت المحكمة المرفوعة اليها

---

(١) نقض فرنسى ١١/١/١٩٦٩ سيرى ١٨٦٩/١/١٣ ، استئناف ايكس ١٥/١/١٨٨٤ ، دالوز ١٨٨٥/٢/٤٢

(٢) نقض فرنسى ١/٧/١٩٠٨ سيرى ١٩٠٩/١/٧٧ ، استئناف ١٩٠٨/٢/٨ ، ٥١/٢/٨٠٦

(٣) تالير وبرسيرو بند ٤٠ ص ٣٦ والهامش (١)

الدعوى فى الحالتين[١] . ومنهم من يرى أن الدعوى يجب أن ترفع دائما طبقا لصفة العمل بالنسبة للمدعى عليه ، بمعنى أنها يجب أن ترفع الى المحكمة التجارية على من كان العمل تجاريا من جانبه ، والى المحكمة المدنية على من كان العمل مدنيا من جانبه ، ولا خيار لهذا الأخير فى رفعها الى المحكمة المدنية[٢] . وعلى هذا الرأى يجب إثبات العمل طبقا للطرق المقبولة أمام المحكمة المرفوعة اليها الدعوى . وهذا الرأى الأخير أخذ به القضاء الأهلى فيما يتعلق بطرق الاثبات ، فقرر بكثير من عدم الدقة فى التعبير أنه " متى كانت المعاملة بين شخصين أحدهما تاجر والآخر مدنى فالعقد الحاصل بينهما على موضوع تجارى يكون مختلطا أى مدنيا بالنظر للمدنى وتجاريا بالنظر للتاجر ، ومن ثم تتبع فى الدعوى وما يتعلق بها من أحكام المرافعات صفة المدعى عليه منهما ، فان كان مدنيا فالأحكام المدنية وإن كان تاجرا فالأحكام التجارية ومنها الاثبات بالبينة فيما زاد على الألف قرش[٣] " .

ثانيا — إثبات صفة التاجر

١٤٢ — قد يحتاج المدعى الى اثبات كون خصمه تاجرا ليبرر اختصاص المحكمة التجارية بنظر دعواه ، أو ليبرر طلب افلاسه ، أو ليستفيد من الفرض القائل بأن كل أعمال التاجر مفروض فيها أنها تجارية فلا يضطر إلى إثبات تجارية العمل الذى يقاضيه بشأنه . وقد يحتاج التاجر إلى إثبات صفة نفسه كما لو أراد أن يطلب إفلاس نفسه ويودع ميزانيته

---

(١) شيرون بند ٧٣

(٢) ليون كان ورينو بند ١٣٦٠ ص ١١١٦

(٣) س ١٣/١/١٩٠٣ ح ١٨ ص ١٨١ وتع ١٤/٢/٥٢ ، ج ٩٠٧ رقم ٧٨ ، القضاء ٣ ص ١٧٤ . انظر نشأت بك " الاثبات " بندى ٢٣٥ ، ٢٣٦ ص ١٩٩ — ٢٠٠

طبقا للمادة (١٩٦/٢٠٤ ت ا م) فعلى من يقع عبء اثبات هذه الصفة ؟ القاعدة العامة أن عبء الاثبات على المدعى . فمن يدعى هذه الصفة سواء أكان هو التاجر أم خصمه عليه أن يثبتها ، لأن الشخص لا يفترض فيه أنه تاجر[1] ما لم يقم دليل على ذلك . وإذا أثبتها من يقع عليه عبء إثباتها كان لخصمه أن ينفيها بدليل أقوى إذا وجد من مصلحته نفيها ، كما لو أراد التمسك بعدم اختصاص المحاكم التجارية بالنسبة له .

كيف تثبت صفة التاجر — لاثبات صفة التاجر يجب إثبات الشروط التى يتطلبها القانون فى الشخص ليكون تاجرا ، كاشتغاله بالأعمال التجارية واحترافه بها . وبما أن هذه من الوقائع فيجوز اثباتها بالبينة[2] وبالقرائن وبالجملة بكافة طرق الاثبات مع ملاحظة أن سن الرشد تثبت فى الغالب بشهادة الميلاد أو ما يقوم مقامها ، وأن الاذن بالتجارة المعطى لناقصى الأهلية لا يثبت إلا بتقديم صورته .

وقد يظن أنه بصدور قانون السجل التجارى أصبح إثبات صفة التاجر مقصورا على استخراج صورة منه تفيد أن اسم الشخص الذى ادعى عليه بأنه تاجر مقيد فيه . ولكن الواقع غير ذلك : أولا لأن القيد غير واجب بحسب هذا القانون إلا على التجار الذين لهم محل سواء أكانوا من الأفراد أم كانوا من الشركات . فأفراد التجار المتجولين أو الذين ليس لهم محل لا يقيدون فيه . وثانيا لأن قيد الاسم قد يحصل فيه خطأ أو تضليل . ولا يجوز أن يغير الخطأ أو سوء النية من حقيقة الحال ، فيعتبر الشخص تاجرا ويحكم بافلاسه وهكذا وهو فى الواقع غير تاجر . كل ما فى القيد فى السجل التجارى هو أنه

---

(١) قارن س م ١٩٢٩/٤/١٧ مجم ٤ ص ٣٦٣

(٢) انظر محكمة طنطا ١٩٠٤/٧/٢٥ ج ٢٠ ص ٢٧٣

يعتبر قرينة قوية على أن من قيد اسمه فيه تاجر ولكنها قرينة تقبل الدليل على عكسها ، أى يؤخذ بها أمام المحاكم الى أن يثبت العكس[1] . ومن القرائن القوية على أن الشخص تاجر احتفاظه بدفاتر تجارية و إعلان مشارطة زواجه فى قلم كتاب المحكمة . ولكن هاتين القرينتين أيضا كالقرينة السابقة ليستا قاطعتين فى اعتبار الشخص تاجرا ، و إنما يؤخذ بهما الى أن يثبت العكس .

والذى يثبت عكس القرائن المتقدمة هو من يريد أن ينفى عن نفسه صفة التاجر الثابتة بها ، أى أن عبء الاثبات ينتقل من عاتق من يريد إثبات الصفة التجارية الى عاتق من يريد نفيها .

الاعتراف بالصفة التجارية أو الاقرار بها — وبطبيعة الحال لالزوم الى إثبات الصفة التجارية لشخص يعترف بها أمام القضاء، لأن الشخص يعامل باقراره وهو أقوى الحجج .

ولكن قد يحدث أن يصف الشخص نفسه بأنه تاجر فى العقود التى تحصل منه ، أو فى الخطابات التى يرسلها ، أو فى الفواتير التى يسلمها ، أو فى إعلانات الدعاوى التى يرفعها على غيره . وقد يصفه خصمه بذلك ولا يعترض! فهل يكفى هذا لاثبات صفة التاجر ؟ لاشك أن الانسان غير مؤاخذ بعمل غيره ولذلك لايكفى لاثبات الصفة التجارية له أن يكون خصمه قد وصفه بذلك فى أوراق رسمية أو غير رسمية أرسلها اليه ، بل ولا يكفى أن تكون رفعت عليه

---

(١) قانون السجل التجارى (مادة ١) . وقد ورد فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون أنه لمعرفة ما اذا كانت لأحد الأفراد أو الهيئات الصفة التجارية يجب الرجوع الى أحكام القانون التجارى والى قضاء المحاكم فى تطبق وتفسير تلك الأحكام . وقارن المادة ٨ التى نصت على عدم جواز رفض القيد لعدم استيفاء البيانات المطلوبة والمواد ١٠ ، ١٣ ، ١٤ الخاصة بالعقاب على المخالفات التى تقع لهذا القانون ومنها إعطاء بيانات غير صحيحة . وهى فى مجموعها تدل على المعنى الذى قدمناه فى الشرح .

دعوى على اعتبار أنه تاجر وسكت ولم يعترض حتى حكم عليه وحاز الحكم قوة الشيء المحكوم فيه ، بشرط أن يكون النزاع فى القضية التى صدر فيها الحكم دائرا على شيء آخر غير هذا الوصف ، أى لم تكن صفة التاجر هى محل النزاع الأصلى فى الحكم[١] .

أما اذا كان هو الذى انتحل وصف التاجر لنفسه فقد ذهبت المحاكم المختلطة فى بعض أحكامها[٢] الى القول بأن هـذا يكفى لاثبات الصفة المنتحلة . ولو أنها اكتفت بهذا لكان حسنا . ولكنها ذهبت الى أبعد وقررت فى هذه الأحكام بأن هذا يكفى لاثبات الصفة نهائيا ولا يجوز لمن انتحلها أن يثبت غيرها . وأرى هذا خطأ ومخالفا للمبادئ القانونية ، لأنه قد يجوز أنه وصف نفسه بصفة تاجر خطأ فتقضى المحكمة بافلاسه مع أن الافلاس لا يجوز إلا بالنسبة للتاجر حتمية ، وتفترض أن كل أعماله تجارية وتقضى باختصاص المحاكم التجارية بها مع أنها مدنية وعدم الاختصاص فيها من النظام العام . ولذلك نعتقد أنهـا أصابت فى أحكامها الأخرى[٣] الحديثة التى ذهبت فيهـا الى القول الصحيح ، وهو أن اتصاف الشخص بصفة تاجر لا يمنعه من أن ينازع فى هذه الصفة فيما بعـد وانمـا يترتب عليه أن ينتقل اليه هو عبء إثبات العكس . وهذا هو المعول عليه عند الكتّاب والقضاء فى فرنسا[٤] .

(١) س م ٣١ / ١٢ / ١٨٩٠ مج ت م ٣ ص ١٠٤ ، ٦/٣/١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ١٨٦ — ومع ذلك فان التاجر قـد يترك التجارة بيد الحكم ولا يمكن القول بأن الحكم يعتبر حجة عليه بهذه الصفة على الدوام . ولذلك نرى أن الحكم لا يعتبر حجة عليه بهذه الصفة إلا فى القضية التى صدر فيها فقط كما هى الحال فى الأحكام الصادرة فى التنازع على الجنسية .

(٢) س م ١٨ / ٢ / ١٨٩١ مج ت م ٣ ص ١٩٧ ، ١٤ / ٥ / ١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٣٣٣ ، ١/٦/١٩١٠ مج ت م ٢٢ ص ٣٤٩

(٣) س م ٣٠/٥/١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ٢٨٨ ، ٢ /٥/ ١٨٩٤ مج ت م ٦ ص ٢٤٩ ، ٢٠/٧/١٩٣١ مج ت م ٤٣ ص ٣٩٦

(٤) انظر ڤال ١٣٨ وملش وڤال بند ١٣٧ ص ٧٩ — ٨٠

ثالثا — طرق الاثبات فى المواد التجارية *

١٤٣ — ورد فى القانون التجارى الفرنسى مادة هى المـادة ١٠٩ التى تقضى بأن الشراء والبيع يثبتان بالعقود العمومية (Publics) والعرفية وقائمة السماسرة الموقع عليها من الطرفين والفواتير المعتمدة والدفاتر والمكاتبات ، كما تثبت بالبينة اذا سمحت بها المحكمة .

ولم يرد لهذه المـادة مقابل فى القانون التجارى المصرى . ولكن توجد المـادة ٢٣٤/٢٩٩ م ا م التى تقضى بأن عقود البيع والشراء وغيرها من العقود التجارية تثبت بالنسبة للتعاقدين وغيرهم بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة وقرائن الأحوال .

وقد جاء النص المصرى أسعد حظا من النص الفرنسى من وجوه منها :

أولا — أن النص الفرنسى قصر الكلام على البيع والشراء فى حين أن النص المصرى جعله شاملا لجميع العقود التجارية .

ثانيا — أن النص الفرنسى يمكن أن يؤخذ منه أن طرق الإثبات المسموح بها فى المسائل التجارية مقصورة على الطرق والأوراق التى ورد ذكرها به ، وهو غير الواقع كما سنرى ، فى حين أن النص المصرى لم يدع شكا فى أن الإثبات جائز بكافة الطرق .

---

* راجع فى موضوع "الاثبات" عموما مذكرات أحمد أمين بك (بالانجليزية) . ورسالة "الإثبات" لأحمد نشأت بك (بالعربية) .ورسالة بالفرنسية فى نفس الموضوع لمحمد صادق فهمى بك وانظر فى الإثبات فى المواد التجارية : تالير و برسيرو . ليوكان ورينو . ملش وفال . وشيرون .

ثالثا — أن النص الفرنسى لم يجز الإثبات بالبينة، أى بشهادة الشهود، إطلاقا إنما قيده بما اذا رأت المحكمة أن تسمح به، فى حين أن النص المصرى لم يجعل الاثبات بالبينة فى المسائل التجارية موقوفا على رغبة المحكمة .

زد على ماتقدم أنه جاء أكثر انطباقا على ما جرى عليه العمل ويقول به الكتاب فى فرنسا ، لأنهم مجمعون على أن الأصل هو حرية الإثبات فى المسائل التجارية ، أى على أن القاعدة أن الاثبات جائز فى كافة المواد التجارية بكافة الطرق .

١٤٤ — والطرق المعروفة فى الاثبات فى القانون المدنى هى[1] :

أولا — الاقرار — وهو تسليم الشخص واعترافه اعترافا صريحا بما ادعى به عليه . وهو حجة قاطعة وقاصرة على المقر اذا استوفى شروطه المعروفة فى القانون المدنى ، كأن يكون صادرا فى مجلس القضاء المختص وفى أثناء سير الدعوى التى حصل فيها ممن يملك التصرف فى المال أو الدين المقر به ، وألا يكون مقصودا به غش الغير .

ثانيا — اليمين — وهى إما حاسمة أى تحسم النزاع بين الخصوم ، ويوجهها الخصم لخصمه، ويترتب على توجيهها تنازله عن كل أدلة الاثبات الأخرى ، ويجب على القاضى أن يتقيد بها فى حكمه فيقضى بمقتضاها . وإما متممة ، وهى التى يوجهها القاضى للخصم ليستكمل بها اثباتا لا يجده كافيا لاقناعه ، وهو حر فى توجيهها، وله سلطة تامة فى تقرير الأخذ بها أو عدمه.

ثالثا — البينة — وهى شهادة الشهود .

---

(١) إننا نوجز الكلام على قواعد الإثبات المدنى ايجازا لأنها درست للطلبة فى مقرر السنة الأولى ولأن تفصيلها خارج عن نطاق القانون التجارى وانما أوجزناها توجيها وتمهيدا للكلام على قواعد الاثبات التجارى . وسيكون ذلك شأننا فى العقود التجارية إن شاء الله تعالى .

رابعا — القرائن — وهى استنتاج الشارع أو القاضى ما يراد إثباته من وقائع أو أمور تدل عليه، كاستنتاج الشارع التخالص من الدين من وجود سنده بيد المدين (٢١٩ — ٢٢٠/٢٨٤ — ٢٨٥م ا م). وقد تكون القرينة قاطعة وهى ما لا يجوز إثبات عكسها، ومثالها القرينة المستفادة من قوة الشيء المحكوم فيه، اذ يعتبر الحكم النهائى قرينة قاطعة على وجود الدين ومقداره بين الخصوم فلا يجوز لأحدهما إثبات عكسه فيما بعد، ومثالها أيضا القرينة المستفادة من فترة الشك التى يترتب عليها إبطال تبرعات المفلس الحاصلة فى هذه الفترة والعشرة الأيام السابقة لها (٢٢٧/٢٣٥ ت ا م). وقد تكون القرينة غير قاطعة وهى التى يجوز إثبات عكسها، كالقرينة المستفادة من وجود السند تحت يد المدين، فانه يجوز إثبات أن لوجوده فى يده سببا آخر غير إبرائه من الدين أو وفائه به، كأن يكون ضاع وعثر به المدين، أو أن يكون المدين سرقه (٢٢٥/٢٨٥ م ا م). والقرائن التى يستنتجها الشارع سواء أكانت قاطعة أم غير قاطعة تسمى بالقرائن القانونية، لأنه منصوص عليها فى القانون. أما القرائن التى يستنبطها القاضى فتسمى بالقرائن القضائية وهى لا تقع تحت حصر وتتوقف على ظروف كل دعوى على حدة.

خامسا — الكتابة — لا يشترط القانون المدنى الكتابة لاثبات الديون أو لإثبات التخلص منها إلا عند اجتماع الشرطين الآتيين وهما: (١) اذا زادت قيمة المدعى به (عينا أم دينا) على عشرة جنيهات مصرية و(٢) إذا لم يوجد مانع من الحصول على كتابة مثبتة للحق المدعى به. فاذا اختل أحد هذين الشرطين جاز الاثبات بالبينة أى بشهادة الشهود. والموانع من الحصول على كتابة مثبتة للدين أو التخلص منه يقدرها القضاء بحرية واسعة. وهى إما مادية كالجرائم التى يترتب عليها مسئولية المجرم قبل المجنى عليه دون أن يكون أساسها عقدا مدنيا بينهما، فليس من المعقول فى هذه الحالة أن يكلف المجنى عليه بالحصول

على كتابة ممن اعتدى عليه تثبت الاعتداء ، ولكن من المعقول مثلا أن يكلف المجنى عليه فى الجرائم التى أساسها عقد مدنى بجريمة خيانة الأمانة باثبات عقد الوديعة بالكتابة اذا كان المبلغ المودع أو العين المودعة قيمتها أكثر من عشرة جنيهات . وإما أن تكون الموانع أدبية كالقرابة وكصلة المحامى بالمحكمة . فالابن يصعب عليه أدبيا أن يطالب أباه بايصال يثبت عليه الاقتراض ، كما أن المحامى الذى يقدم للمحكمة أوراقا أثناء الدعوى يصعب عليه أن يحصل منها على إيصال باستلامها .

ومن القواعد المقررة للاثبات الكتابى فى القانون المدنى أنها لا تكون دليلا إلا اذا كانت صادرة ممن قدمت ضده ، اذ لا يعقل أن الانسان يلزم غيره بما يكتبه لمصلحة نفسه ‹Nul ne peut se créer un titre à lui-même.› ومنها أيضا أن الثابت بالكتابة لا يجوز اثبات ما ينافيه أو يعدل فيه أو يزيد عليه أو ينقص منه إلا بالكتابة . ومنها أخيرا أن الكتابة لا تكون حجة على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتا بوجه رسمى ، ولا تسرى على غير المتعاقدين إلا من يوم ثبوت تاريخها رسميا .

وقد ذكرنا هذه القواعد لأن لها حكما آخر فى القانون التجارى .

١٤٥ — اتحاد قواعد الاثبات فى المدنية والتجارية واختلافها — ويتبين من مقارنة القاعدة التى قررناها فى صدر هذا البحث عن الاثبات التجارى بما ذكرناه عن طرق الاثبات المدنى فى البند السابق أنه لا فرق بينهما فيما يتعلق بالاقرار واليمين والقرائن ، فكلها طرق جائزة فى المسائل المدنية والمسائل التجارية على حد سواء وبنفس الشروط والاجراءات .

أما فيما يتعلق بالاثبات بالبينة والاثبات بالكتابة فهناك فرق كبير . وذلك لأن الاثبات بالبينة جائز فى المواد التجارية فى جميع الأحوال سواء

ازادت أم قلت قيمة المدعى به عينا كان أم دينا أم عقدا على عشرة جنيهات مصرية . وهو جائز ولو لم توجد موانع أدبية أو مادية أو غيرها من الحصول على الكتابة .

والعبرة فى جواز الاثبات بالبينة هى بنوع المسألة المراد إثباتها لا بصفة الخصوم ، فان كان المراد إثباته عملا تجاريا جاز إثباته بالبينة سواء أكان الخصوم تجارا أم لا ، أما إذا كان العمل مدنيا فلا يجوز الاثبات بالبينة إلا إذا كانت قيمة الدعوى عشرة جنيهات فأقل ، أو إذا وجد مانع من الحصول على كتابة طبقا لما قدمناه فى الاثبات المدنى .

وقد ذهبت المحاكم الأهلية إلى أن جواز الاثبات بالبينة فى المواد التجارية إذا زادت قيمة الدعوى على عشرة جنيهات أمر اختيارى للمحكمة إن شاءت سمحت به وإن شاءت رفضته وأنها لا تقبله إلا إذا أدلى أمامها بوقائع تدل على احتمال انعقاد عقد تجارى بين المتنازعين [1] .

١٤٦ — علة الاثبات بالبينة فى المواد التجارية — والعلة فى جواز الاثبات بالبينة إطلاقا فى المسائل التجارية ترجع إلى أن السرعة والثقة من روح التجارة ، واشتراط الحصول على كتابة مثبتة للتعاقد يعطلها ، فتقررت حرية الاثبات بشهادة الشهود فى كل الأحوال مهما كانت قيمة الدعوى كنتيجة للثقة بين التجار وضمانا لعدم تعطيل أعمالهم .

جواز الاثبات بالبينة لا يمنع جوازه بالكتابة — على أن جواز الاثبات بالبينة فى المواد التجارية ليس معناه عدم جواز إثباتها بالكتابة . إنما معناه فقط أنهم لا يكلفون بالحصول على كتابة مقدما . فاذا وجدت كتابة جاز

---

(١) س ١٩١٢/٢/٢١ مج نمرة ٥١ ص ١٣ ، والزقازيق الكلية ١٩٢٩/٤/٢ مجلة كلية الحقوق ٣ نمرة ١٢٥ ص ٣١٤ . وهذا الرأى فى نظرى مشكوك فيه لأن جواز الاثبات بالبينة فى المسائل التجارية من حق الخصوم لا من حق المحكمة أى أن القانون قرره لهم لا لها .

تقديمها لاثبات ما بها ، بل من مصلحة الدعوى تقديمها ، لأنها أدق فى الاثبات من شهادة الشهود وأسرع فى الوصول إلى الحكم . ثم إن حرية الاثبات بالبينة مقررة لمصلحة المشتغلين بالتجارة فلهم أن يتنازلوا عن هذه الحقوق ويشترطوا فيما بينهم عدم جواز الاثبات إلا بالكتابة ، كما لو اتفق تاجران على عدم جواز براءة ذمة أحدهما من دين عليه للآخر إلا بتسليم السند المثبت للدين أو بمخالصة كتابية . ففي هاتين الحالتين لا يقبل إثبات التخالص بالبينة[1] .

الأوراق التى تقبل فى إثبات المسائل التجارية — والكتابة التى تقبل فى الإثبات فى المواد التجارية ليست مقصورة على ما ورد ذكره منها فى المادة ١٠٩ فرنسي، وذلك باتفاق العلماء والقضاء فى فرنسا[2]. فمن باب أولى أن يكون الأمر كذلك فى القانون المصري الذى لم يحصر أنواع الكتابة التى تجوز فى إثبات عقود البيع والشراء وغيرها من العقود التجارية (٢٣٤ — ٢٩٩ م ا م) . فكما يجوز الاثبات بعقود سواء أكانت رسمية Actes publics أم عرفية Actes sous seing privés أم بمحافظة السمسار أى كشفه Bordereau ou arrêté الموقع عليه من الخصوم وبالفواتير Factures المعتمدة منهم وبدفاتر التجار livres de commercants وبالمكاتبات correspondance كذلك يجوز الاثبات بغيرها من الأوراق التى يستدل منها على حصول التعهد أو التخلص منه، كالمخالصات والاقرارات بشطب الرهون.

---

(١) نشأت بك بند ٣٣٤ ص ١٩٩ ، مج ١٩٠٥ نمرة ٧ ، مج ث م ٤ ص ١١١ وينتقد نشأت بك هذا الحكم الأخير لأن التخلص من الدين واقعة مستقلة عن التعهد ذاته والوقائع يمكن إثباتها دائما بالبينة .

(٢) انظر شيرون بند ٧ ويظهر أن الكتاب والقضاء يعتمدون فى التعميم على المادة ٢ من الفصل ٢٢ من الأمر الملكي الصادر سنة ١٦٦٧ والذى لا يعتبر أنه ألغى من هذا الوجه، وذلك رغم أن المادة ١٠٩ حصرت الأوراق التى تقبل فى الاثبات .

والاختصاصات التى تعتبر مبـدأ ثبوت بالكتابة لاثبات التخالص من الدين المصحوب برهن أو اختصاص (نشأت بند ٣٨١) .

اختلاف الاثبات الكتابى فى التجارى عنه فى المدنى — رغم أن الكتابة يجوز الاثبات بها فى المواد التجارية إلا أنها لا تخضع لقيود الاثبات الكتابى فى المواد المدنيـة . فيجوز أن تقبل شهادة الشهود لاثبات عكس ما ورد بالكتابة ، ويجوز إثبات تاريخها ولو ضد الغير بشهادة الشهود[1] ، وأخيرا يجوز أن تعتبر حجة لمن صدرت له خلافا لمـا رأينا فى المدنى . وتظهر قيمة هـذه الحقيقة الأخيرة فى الدفاتر التجارية كما سنرى فى البند الذى بعد التالى .

١٤٧ — استثناءات من جواز الاثبات بالبينة — واستثناء من قاعدة حرية الإثبات بالبينة فى المسائل التجارية ، بل ومن عدم اشتراط الكتابة فى المسائل المدنية فيما لا تتجاوز قيمته عشرة جنيهات ، ينص المشرع التجارى على وجوب الإثبات بالكتابة فى الأحوال الآتية :

(١) الشركات جميعهـا ماعدا شركة المحاصة إذ يجب أن تكون بعقد رسمى أو عرفى (٤٦ و ٥٥/٧٢ و٦٣ ت ا م) . أما المحاصة فتثبت بتقديم الدفاتر والمكاتبات . وسنعلم عند الكلام على الشركات ما اذا كان يجوز إثباتها بالبينة أم لا يجوز .

(٢) بيع السفن كلها أو بعضها اذ يجب أن يكون بعقد رسمى (مادة ٣/٣ ب ا م) .

(٣) إيجار السفن إذ يشترط القانون أن يكون بعقد كتابى (٩٠/٩٠ب ام) .

(٤) القرض البحرى اذ يجب أن يكون بعقد كتابى رسمى أو غير رسمى (١٥٠/١٥٠ ب ا م) .

---

(١) س م ١٩١٤/٤/٧

(٥) التأمين على السفن والبضائع اذ يجب أيضا أن يكون بعقد كتابى رسمى أو غير رسمى (١٧٤/١٧٤ ب ا م) .

١٤٨ — وعندما تكون الكتابة واجبة للاثبات فى المواد التجارية أى فى الأحوال الخمس المتقدمة يجب التقيد فى الاثبات بقواعد القانون المدنى . فلا تقبل البينة لاثبات ما ينافى الثابت بالعقد المكتوب أو يعدله أو يضيف اليه أو ينقص منه ، كما لاتكون الكتابة حجة إلا اذا كانت صادرة ممن يراد التمسك بها عليه ، ولا تسرى على غير المتعاقدين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ بوجه رسمى ، ومن تاريخ هذا الثبوت فقط . ففى الشركات مثلا لا يحتج على الدائنين بوجود عقد الشركة الا اذا كان قد أعلن ونشر عنه طبقا للقانون . أى إذا كان تاريخه ثابتا بصفة رسمية بالطريقة التى قررها المشرع .

رابعا — قوة الدفاتر التجارية فى الاثبات

١٤٩ — يجب التفريق بين الدفاتر الإلزامية والاختيارية . وفى الدفاتر الإلزامية يجب التفريق بين الدفاتر المنتظمة ، أى التى يحفظها صاحبها طبقا للقانون وبمراعاة الإجراءات المنصوص عليها فيه ، وبين الدفاتر غير المنتظمة .

١٤٩ مكرر — أولا — الدفاتر الالزامية : (١) الدفاتر المنتظمة — دفتر التاجر المنتظم حجة عليه بما دوّنه فيه لغير مصلحته فى كل ما يتعلق بأعمال تجارته (١٨/١٧ ت ا م) . وعلى ذلك يجوز لخصمه تاجرا كان أو غير تاجر أن يتمسك عليه بما دوّنه فى دفتره ضد مصلحته ، كما لو أثبت فيه أنه اشترى بضاعة ولم يثبت فيه أنه دفع ثمنها ، أو أثبت أنه اقترض مبلغا ولم يثبت تسديده .

وكذلك يعتبر دفتر التاجر حجة له على خصمه التاجر أيضا فى كل ما يتعلق بتجارته ، فاذا أثبت فى دفتر الكوبيا صورة خطاب أرسله الى تاجر آخر بشأن تجارته كان ذلك دليلا على أنه أرسل الخطاب فعلا ، وخصوصا إذا وجدت فى الدفتر قرينة تدل على إرساله ، كوجود رد التاجر المرسل اليه فى الدفتر المذكور (١) .

وليس فى كون دفتر التاجر حجة عليه ماينافى قواعد الاثبات العامة أو يدعو الى الغرابة ، إذ ليس من المعقول أن يثبت على نفسه مسئولية إن لم تكن حقيقية. وكتابته فى دفتره اعتراف منه يؤاخذ به صونا لكلامه عن العبث. ولكن فى جعل دفتر التاجر حجة له شذوذ عن قواعد الاثبات العامة ، فقد عرفنا فيما مضى أن الانسان لا يلزم غيره بما يكتبه لمصلحة نفسه، ولا يجوز له أن يتخذ من دفاتره دليلا على غيره إلا إذا أقرها الغير، وحينئذ ينتج الالزام من إقراره لا من كتابة خصمه. ومع ذلك فالثقة والسرعة اللتان يجب أن تتم بهما الأعمال التجارية والعقاب الذى يتعرض له التاجر فى حالة الأفلاس بسبب ما يثبته فى دفتره بغير حق من شأنهما أن تؤديا الى التسامح فى القواعد العامة وبجواز مؤاخذة التاجر بما سجله عليه تاجر غيره فى دفتره .

وغنى عن البيان أن من يتمسك ضده بما فى دفتر تجارى، سواء أكان هو صاحبه أم لا، له أن ينفى ما أثبت عليه الدفتر بكافة طرق الاثبات أى بالشهود أو بتوجيه اليمين لخصمه أو بالقرائن ، وذلك خلافا للقاعدة المدنية العامة فى الإثبات الكتابى التى من مقتضاها أن ما يثبت بالكتابة لا يجوز نفيه بشهادة الشهود .

---

(١) س ١٠ / ١٢ / ١٩٠٤ استقلال ص ١٠٢ ، س م ١٨ / ١ / ١٩٠٥ ، ٢٧ / ٤ / ١٨٩٩ تع ١ / ١٦ / ١٢ وقارن مصر الأهلية ٢٣ / ٤ / ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٢٤٧

١٥٠ — تعارض الدفاتر — وقــد يحدث أحيانا أن يقدم كل من الخصمين دفتره وفى كل من الدفترين ما يناقض الآخر. ففى مثل هــذه الحالة إذا كان الدفتران منتظمان فيتساقطان[١] ، إذ لا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر بلا مرجح. ولا مفر للخصمين حينئذ من البحث عن طرق أخرى للاثبــات . أما إذا كان أحدهما منتظما والآخر غير منتظم ، أو إذا قدم أحد التاجرين دفتره المنتظم و رفض الآخر تقــديم دفتره أو لم يكن عنــده دفاتر ، فللمحكمة أن تأخذ بمــا فى الدفتر المنتظم وتعتبره حجة لصاحبــه على من رفض تقديم دفتره أو من لم يكن عنــده دفتر أو من قدم دفترا غير منتظم[٢] .

١٥١ — دفتر التاجر ليس حجة على خصمه التاجر إلا فى المنــازعات المتعلقة بتجارته — لا يكفى لكى تكون للدفتر قوته فى الاثبات أن تكون المسألة المراد اثباتها واقعة بين تجار بل يجب أن تكون متعلقة بعمل تجارى[٣] ، فاذا كانت المنازعة متعلقة بعمل مدنى جرى عليها ما سنذكره فى البند التالى .

١٥٢ — دفاتر التاجر ليست دليــلا له على غير تاجر ولا على تاجر فى منازعات غير تجارية — أكدنا فى القاعدتين المتقدمتين أن دفتر التــاجر لكى يكون حجة له أو عليــه يجب أن يكون مقدما فى منازعة تجارية وضد نفسه أو ضد تاجر غيره . أما إذا كانت المنازعة مدنية بطبيعتها أو على الأقل

---

(١) تحيل باشا "إثبات الحقوق المدنية" ص ١٤٧ ونشأت بك ص ١٦٠ بند ٢٧٢

(٢) س م ١٨٩٩/٤/٢٧ مج ت م ١١ ص ٢٠٠ ، ١٩٠٣/٦/١٠ مج ت م ١٥ ص ٣٤٢

(٣) س م ١٨٧٧/١/١١ مج ت م ٢ ص ٩٤ ، ١٨٧٧/١/٢٥ بوريللى ٢٠٧ ، ١٩٠١/٥/٨ مج ت م ١٣ ص ٢٨٦

بالنسـبة لخصمه ، أو إذا كان خصمه غير تاجر ، فان الدفتر لا يكون حجة على الخصم فى الحالتين . والأحكام كلها بهذا المعنى[١] سواء فى الأهلى أو فى المختلط . وإذا كان دفتر التاجر لا يجوز أن يعتبر دليلا له على تاجر أو غير تاجر فى منازعة مدنية ، فانه لا يصح كذلك أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز له أن يطلب تحليف خصـمه اليمين المتممة على صحة ما يدعيـه . هذا جائز فى فرنسا لأن المـادة ١٣٢٩ مـدنى فرنسى أجازت ذلك بنص صريح فيما يتعلق بما يبيعه التاجر لعملائه فقط . ولم يورد المشرع المصرى هذا النص فى المـادة ١٨/١٧ ت ا م ، وبما أنه نص استثنائى ورد على خلاف القاعدة لذلك لم تأخذ به المحاكم المصرية وقررت بصفة عامة أن دفتر التاجر لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح تحليف اليمين المتممة[٢] .

هل يعتبر دفتر التاجر حجة عليه فى منازعة مدنية بينه وبين تاجر أو غيره ؟ لا نزاع فى أنه يعتبر حجة عليه لأنه لا يسعه أن ينكر مادونه فيه على نفسه ، ولذلك يمكن لخصمه أن يتمسك عليه به اذا قدم التاجر دفتره من تلقاء نفسه . ولكن اذا امتنع التاجر عن تقديمه فهل يجبر عليه ؟ هذا ما سنتكلم عليه فيما بعد عند الكلام على تقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها .

١٥٣ — (٢) الدفاتر غير المنتظمة — هذه الدفاتر لا تكون حجة للتاجر على خصمه سواء أكان تاجرا أم من باب أولى غير تاجر ، وسواء فى المنازعات التجارية أو غير التجارية . وفى هذا تقول المـادة ١٦/١٥ ت ا م

---

(١) س م ١٨٧٧/١/٢٥ بوريللى ٢٠٧ وكان التاجر يريد فيه أن يثبت بواسطة دفتر مكاتباته أنه أرسـل ينذر المؤجر بفسخ الايجار وقضت المحكمة بأن المؤجر غير تاجر والخصومة ليست تجارية ، س ١٨٩٥/٤/٢٣ القضاء ٢ ص ٢٤٧

(٢) س ١٨٩٥/٤/٢٣ القضاء ٢ ص ٢٤٧ ، س م ١٨٧٨/١/٢٥ ج ت م ٣ ص ٧٩

بأن الدفاتر التى يجب على من يشتغل بالتجارة حفظها لاتكون حجة أمام المحكمة ما لم تكن مستوفية للاجراءات السالف ذكرها، والمادة التى قبلها تنص على الإجراءات القانونية التى يجب مراعاتها فى حفظ هذه الدفاتر كوجوب رقيم صحائفها والتأشير عليها من المأمور ، و . . و . . الخ .

ومعنى كونها لاتصلح حجة للتاجر على خصمه هو أنها لاتكفى بذاتها لاثبات ما ورد فيها ضد الخصم . ولكن ذلك لا يمنع المحكمة من أن تستأنس بها باعتبارها قرينة تبنى عليها رأيها فى الدعوى اذا تأيدت بأدلة أخرى[1] . ولكن إذا كانت هذه الدفاتر لا تصلح دليلا للتاجر على خصمه فانها تصلح دليلا ضده ، فلخصمه إذن أن يتمسك عليه بما أثبته فيها ضد مصلحته لأنه يؤاخذ به ما دام أن الذى دون فيها من عمله أو باذنه أو برضاه .

١٥٤ — ثانيا — الدفاتر غير الالزامية — لم ينص المشرع على قوة هذه الدفاتر فى الاثبات لأن كلامه فى المواد ١٥ و١٧/١٦و١٨ ت أ م مقصور على ما ذكره أو أوجبه من الدفاتر . وذلك ظاهر إما من صريح النص أو من السياق . ولكن يظهر أن القضاء لا يجد مانعا من أن يعتبرها قرينة بسيطة يستأنس بها للاثبات . فقد حكم بأن الدفاتر التى جرت العادة باستعمالها فى بورصة التجارة ولو أن القانون لم ينص عليها يجوز أن يستنتج منها قرائن واقعية اذا كانت خالية من الفراغ والتحشير[2] .

---

(١) نقض فرنسى ١٩١٠/١/٣ دالوز ١٦٨/١/١٩١٠ ، قارن س م ١٨٧٧/١١/٢٢ مج ت م ٣ ص ١٠

(٢) باريس ١٠٠٩/٧/١٥ دالوز ٧٢/٢/١٩١٠ ؛ انظر س م ١٩٠٤/٥/١٣ مج ت م ١٦ ص ١٠٦

خامسا — تقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها

١٥٥ — تقضى القواعد المدنيـة العامة بأن الشخص لا يجبر على أن يقدم دليلا ضد نفسه Personne n'est tenue de produire contre soi ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة فى القانون التجارى بالنسبة لدفاتر التجار فى مادتين ، نص فى إحداهما وهى المـادة ١٩/١٨ ت أ م على أنه يجوز للمحكمة (والنص المختلط يقـول للمحكمة التجارية) أن تأمر من تلقاء نفسها فى أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهـذه الخصومة ، ونص فى الثانية وهى المـادة ١٧/١٦ ت أ م على أنه لا يجوز للمحكمة فى غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطـلاع على الدفاتر إلا فى مواد الأموال المشاعة ومواد التركات وقسمة الشركات وفى حالة الإفلاس وأنه فى هـذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على الدفاتر .

والسبب فى هذا الشذوذ راجع الى الثقة التى يتمتع بها التاجر، والتى قد تدعو خصـمه الى الاعتماد على ما يدونه فى دفتره ، فلا يهتم بإثبات التعامل معه كتابة . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فما دام المشرع يسمح للتاجر بأن ينتفع بدفاتره فى إثبات ما له على غيره من التجار فان من العدل أن يباح للخصم أن ينتفع بنفس هذه الدفاتر فى إثبات براءة ذمته أو إثبات حقه قبل صاحبها . ثم إن هناك أحوالا تكون فيها الدفاتر ملكا مشتركا بين الخصوم . وفى هـذه الأحوال لا يوجد مبرر لعدم إجباره على تقديمها أو تسليمها .

١٥٥ مكرر — الفرق بين التقديم والاطلاع — يختلفان فى طبيعتهما وفى حكمهما و متى يجوز كل منهما .

فأما فى طبيعتهما فقد اختلفوا فيها ، إذ يقول كثير من الكتاب بأن التقديم Représentation معناه مجرد إظهار الدفتر للمحكمة أو لمن تنتدبه من الخبراء

ليأخذ منه ما يهمه من البيانات المتعلقة بالقضيـة، دون أن يطلع على غيرها مما فيه. ودون أن يتخلى عنه صاحبه ويقولون إن الاطلاع Communication هو وضع الدفتر تحت تصرف الخصم إما مباشرة أو بواسطة إيداعه فى المحكمة ليفحصه فى جميع محتوياته ويطلع على ما فيـه كله أو بعضه كيف شاء. ويرى بعضهم أن التقديم هو إيداع الدفتر فى قلم كتاب المحكمة لتطلع عليـه أو يطلع عليـه الخبير المنتدب بغير حضور الخصم ويستخرج منه ما يتعلق بالخصومة. وقد تنتقل المحكمة أو ينتقل الخبير الى مكان التاجر أو الى محله لإجراء ذلك. وإذا كان الدفتر بعيدا عن مقر المحكمة فيمكنها أن تنتدب لهذا الغرض المحكمة التى يوجد الدفتر فى مقرها أو بالقرب منها. فالفرق بين التقديم والاطلاع على هذا الرأى ليس فى مدى ما يطلع عليـه من الدفتر ولا فيما إذا كان صاحب الدفتر يتخلى عنه، بل فيمن يجوز له أن يطلع. وهو فى التقديم المحكمة أو نائبها دون الخصم، وفى الاطلاع الخصم الذى يطلبه.

والرأى الثانى فى الواقع عملى أكثر من الأول. إذ كيف يمكن للخبير أو للمحكمة أن تطلع على النقطة التى تريدها من الدفتر دون أن تبحث عنها فيه! ثم إن هناك حالات يصعب فيها معرفة حقيقة الموقف بدون الاطلاع على كل ما فى الدفتر، كما لو حصل نزاع بين صاحب مصنع وعماله على نصيبهم فى أرباح المصنع فلم يقتنعوا بالحساب الختامى الذى قدمه لهم وأصروا على معرفة حقيقة الميزانية. ولذلك نحن نميل إلى هذا الرأى خصوصا وأن لفظ

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٣١

(٢) تالير وبرسـيرو بند ٢١٢ ص ١٦٣ ونقض فرنسى ١٧/١١/١٨٩١ دالوز ١٨٩٢/١/٣٥٠

"تقديم" أقوى فى هــذه الدلالة من لفظ Représentation الفرنسى الذى يظهر أنه السبب فى هــذا الاختلاف بين الكتّاب لأنه يشــعر بعدم التخلى عن الدفتر، وبأن الغرض مجرد العرض دون التخلى خلافا للفظ "التقديم" فانه قد يتضمن التخلى .

وأما حكمهما فى القانون فعلى التفصيل الآتى :

١٥٦ — التقديم — يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر به أى ولو لم يطلبه الخصم لتستنتج من الدفاتر ما يهمها الاطلاع عليــه مما يتعلق بالخصومة القائمة أمامها. ولها أن تفعل ذلك بنفسها أو بواسطة خبير ولكن ليس لها أن تسمح للخصم بالاطلاع عليه(١) .

والمحكمة ليست مجبرة على إجابة طلب التقديم إذا كان صادرا من الخصم، بل المسألة جوازية بالنســبة لها، وهى تقدر بسلطتها المطلقة جواز إجابة الطلب أو رفضه، وهل ترجى فائدة من التقديم أم لا(٢) .

---

(١) س م ١٨٨٧/٤/١٤ مجد ١٢ ص ١٣٥ (تع ١٨/١٨/٢)، ١٨٨٩/١/٢٠ مج ت م أ ص ٣٤٥ وقارن س ١٩٢٧/١١/٢٩ محاماة ٨ نمرة ٣٠٧ ص ٤٧٤

(٢) يجب على الخصم الذى يريد أن يطلب تقديم دفاتر خصمه أن يقدم أدلة مبدئية أو أولية من شأنها أن تلق فى روع المحكمة أنه قد تكون هناك فائدة من تقديم الدفتر س م ٢٤/١٢/٩ مج ت م ٣٧ ص ٥٥، فاذا أمكن لمدين التاجر أن يشكك المحكمة فى أن فى الدفتر ما يدل على حصول الوفاء من جانبه كان ذلك كافيا للأمر بالتقديم س م ١٩١٩/٤/٣ مج ت م ١٤ ص ٢٥٢، واذا أمكن للمدين أن يشكك المحكمة فى أن دين التاجر عليه يحتوى على فوائد ربوية كان ذلك سببا مهما يحمل المحكمة على إجابة طلب التقديم لمعرفة حقيقة المبالغ المقترضة منه س م ١٩٠٩/٦/٢ مج ت م ٢١ ص ٣٨٥ . وقد رفضت إحدى المحاكم طلب تقــديم الدفتر لاثبات حصول دُفع من المدين وفاء للدين الثابت بعقد رسمى والمضمون برهن عقارى س م ١٩١٠/٦/١٦ مج ت م ٢٢ ص ٣٧١

المحكمة التى لهـا أن تأمر بالتقديم — هى المحكمة التجارية فى المختلط لأن المـادة المختلطة صريحة فى ذلك[1] . ولكن هل يؤخذ من ذلك أن المحكمة ليس لها أن تأمر بالتقديم إلا فى منازعات تجارية ؟ لو أن المحكمة التجارية لا تنظر أصلا فى مسائل مدنية لترتب على قصر حق الأمر بالتقديم على المحكمة التجارية أنه لا يجوز إلا إذا كان الغرض منـه معرفة بيانات تتعلق بمسألة تجارية منظورة أمام المحكمة . ولكن المحاكم التجارية كما عرفنا عند الكلام على الاختصاص قد تنظر فى مسائل مدنية تبعا لدعوى تجارية مرفوعة اليها ، فلا يمكن إذن أن يستنتج حتما من أن المحكمة التجارية هى وحدها التى لها الأمر بتقديم الدفاتر أن هـذا الأمر لا يكون إلا إذا كان الغرض منه البحث عن بيان يتعلق بالمنازعة التجارية ، ولذلك نرى أن المحكمة التجارية يمكنها أن تأمر دائمـا بتقديم الدفاتر من تلقاء نفسها إذا رأت لزوما لذلك أو إذا طلب منها ، سواء أكانت المنازعة المراد التقديم فيها مدنية أم تجارية ، بشرط أن تكون الخصومة قائمة أمامها . وقد كانت بعض الأحكام القـديمة تذهب إلى الرأى الأول[2] وتقضى بعدم جواز التقـديم إلا فى المسائل التجارية وبين التجار . ولكن يظهر أن القضاء المختلط استقر فى معظم أحكامه أخيرا على الرأى الثانى أى جواز الأمر بالتقديم سواء فى المسائل المدنية أو فى المسائل التجارية ما دامت الدعوى منظورة أمامها[3] .

---

(١) س م ١٨٨٨/٤/٢٥ بوريللى ٢٠٦ تع ١٧/١٦/٣

(٢) س م ١٨٧٦/٦/٧ ج ر ١ ص ١١٥ وانظر نشـأت بك ص ١٦٩ هامش والأحكام التى أوردها فيه ولكن يلاحظ أن كثيرا من هذه الأحكام يخلط بين التقديم والاطلاع وهذا يضعف كثيرا من حجتها . مثال ذلك س م ١٩١٦/٤/٣٠ ج ت م ٢٨ ص ٢٦٧ ، س م ٩٠٥/٦/٦ ج ت م ١٧ ص ٣٣١

(٣) س م ١٩٠٣/١/١٨ ج ت م ١٥ ص ٨٦ ، ٩١٢/٥/٩ ج ١٤ ت م ص ٣٢٦ ، ٩٣٠/٢/١٣ ج ت م ٤٢ ص ٢٧٨ ، ٩٢٦/١٢/٣٠ ج ت م ٣٩ ص ١١٩

ويلاحظ أنه لا يشترط لجواز التقديم أن يكون التاجر صاحب الدفتر هو المدعى عليه ، بل يصح أن يكون مدعيا والمدعى عليه غير تاجر أو تاجرا والمنازعة غير تجارية ، ولذلك يجوز أن تحكم المحكمة بالتقديم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المدعى عليه لاثبات البيانات المطلوبة إذا رأت لزوما لذلك[١] . على أنه إذا قدم الدفتر ووجد فيه ما يؤيد قول طالب التقديم وما يدفع دعواه في وقت واحد فلا يمكن للخصم أن يطلب التجزئة ، لأن ما يثبت بدفتر التاجر يعتبر إعترافا أى إقرارا ، والاقرار لا يتجزأ فاما أن يؤخذ ما فيه بما له وما عليه وإما أن يترك[٢] . وقد قيل بأن عدم جواز التجزئة لا يكون إلا في الدفاتر المنتظمة ، فيصح للقاضي في غير المنتظمة أن يأخذ بما على التاجر دون ما له ، وقيل أيضا بأن عدم التجزئة واجب سواء أكان الدفتر منتظما أم غير منتظم . ويرى بعض الكتاب المصريين أن يفرق في الدفتر غير المنتظم بين ما إذا كان التاجر كتب ما له وما عليه في عبارة واحدة أو في عبارات مختلفة في مكانين مختلفين ، ويجيزون التجزئة في الحالة الأخيرة دون الحالة الأولى[٣] .

ويلاحظ أن امتناع التاجر عن تقديم دفتره اذا أمرت به المحكمة ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ، وسواء أكان الامتناع ناتجا عن عدم وجود دفاتر أم لا ، يمكن اعتباره بمثابة اعتراف من التاجر بالالتزام الذى كان يراد إثباته أو تكملة إثباته بالدفتر[٤] .

---

(١) انظر الأحكام المشار اليها في هامش ٢ ص ٢٣٢

(٢) س م ٩/-/١٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ٣٨٧

(٣) نشانه بند ٢٨٦

(٤) س م ٥/١٢/١٨٩٤ ، ١٢/٥/١٩٠٩ مج ت م ٧ ص ٣١ ، ٢١ ص ٣٣٩
ويلاحظ أن المادة ٥٧ ت ف التى لم يوردها المشرع المصرى تجيز اعتبار الامتناع عن التقديم مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولذلك يمكن في فرنسا لا في مصر للمحكمة في هذه الحالة أن توجه الى الخصم اليمين المتممة .

ويجوز للمحكمة أن تحكم بتقديم الدفاتر سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة وسواء أكانت من الدفاتر التي يلزم القانون التاجر بحفظها أم لا[١] .

المحكمة المختصة بالأمر بالتقديم في الأهلي — هي المحكمة المدنية العادية لأن النص لم يتكلم عن المحكمة التجارية لعدم وجود محاكم تجارية أهلية . وما قلناه عن المختلط يسري هنا لاتحاد النصين (انظر نشأت ص ١٧١) .

١٥٧ — الاطلاع — هذا أيضا يجوز للمحكمة أن تأمر به ولو من تلقاء نفسها . ولكن هل يجوز الأمر به في المسائل التجارية والمدنية على حد سواء ؟ إن المسألة غامضة، وتركيب المادة ١٧/١٦ بشأنها معقد وعقيم ، لأنها تقول "لا يجوز في غير المنازعات التجارية أن تأمر المحكمة بالاطلاع الا في مسائل الأموال المشاعة أو في مواد الشركات وقسمة التركات وفي حالة الإفلاس" . والثابت من أحكام المحاكم في تفسير هذه المادة ومن أقوال الفقهاء أن الاطلاع غير جائز في المسائل المدنية[٢] ، لأن الأمر به قد يؤدي الى كشف أسرار التاجر لمنافسيه وخصومه ، ولأنه أيضا يخالف القاعدة الأساسية المتبعة في الاثبات في المسائل المدنية والتي تقضي بعدم جواز تكليف الشخص بأن يقدم لخصمه دليلا على نفسه . ولكن هناك أحوالا تنتفي فيها العلة الأولى وأحوالا تستدعي فيها صلة الخصوم أو طبيعة الدعوى التجاوز عن العلة الثانية وهي الأحوال التي يكون فيها الدفتر ملكا مشتركا ، أو دليلا على ملك مشترك بين الخصوم، أو التي ترفع فيها يد التاجر عن أمواله ويديرها غيره بالنيابة عن دائنيه تمهيدا لبيعها جبرا عليه وتوزيع ثمنها بينهم .

(١) قارن حكم النقض الفرنسي في ١٨٩٩/٥/١٦ داللوز ١٨٩٩/١/٣٩٩ وانظر القضاء التجاري للبدرماني نمرة ٣١٥ مادة ١٦ ص ١٨

(٢) س م ١٨٧٦/٦/١٤ مج ر ا ص ١١٥ ؛ ١٨٨٧/١٢/٢٨ مج س ١٣ ص ٣٩ ، ١٨٨٨/٤/٢٥ بوريللي ص ٢٠٦

وهـذه الأحوال هى التى أجاز فيها المشرع الاطلاع على دفاتر التاجر استثناء . وما دام الاطلاع تقرر فيها استثناء فيجب تفسيرها تفسيرا ضيقا[١] لا توسع فيه . وهذه الأحوال هى أحوال الاطلاع فى المسائل المدنية وهى :

أولا — حالة الأموال المشاعة .

ثانيا — حالة التركات .

وفى هاتين الحـالتين يجوز للشريك على المشاع أو الوارث الذى يطالب بحقوقه فى التركة أو فى الملك المشاع إن كان سبب المشاع غير الارث أن يطلع على دفتر شريكه أو مورثه . ولا يجوز لغير الشريك على المشاع أو الوارث أن يطلب الاطلاع ، وإذا طلب لا تجيبه المحكمة الى طلبه .

ثالثا — قسمة الشركات — يجوز لكل شريك طلب الاطلاع على دفاتر الشركة فى حالة القسمة . وهذا طبيعى ، لأنه الوسيلة الوحيدة لتحديد مركز كل شريك إزاء الآخر . انما يجب أن يحصل الطلب أثناء دعوى القسمة وقبل تصفية أموال الشركة وقسمتها نهائيا[٢] . فاذا حصل بعـده لم يجز كأن يتنازل الشريك عن حصته لآخر ويطالب هذا بنصيبه فليس له الاطلاع. ويقول بعض الكتاب[٣] إن الاطلاع غير جائز للشريك أثناء الشركة ، كما لو أراد معرفة مقدار الأرباح المعدة للتوزيع بين الشركاء . ويقول البعض[٤] الآخر بأن ذلك جائز مستندا الى ما للشريك الموصى فى شركة التوصية

---

(١) ملش وثال بند ٢١٦ ص ١٣٢

(٢) ذهنى بند ١٤٨ ص ١٨٤ ، وملش وثال بند ٢١٦ ص ١٣٢

(٣) المرجع السابق .

(٤) تالير بند ٢١١ ص ١٦١ — ١٦٢

من الحق طبقا لنص القانون فى باب الشركات من الاطلاع على دفاتر الشركة أثناء قيامها. على أننا نلاحظ أن القضاء لا يسمح للشريك بهذا الحق إطلاقا بل يقيده فى استعماله بقيود . ثم إن هذا الحق غير جائز للساهمين فى شركة المساهمة ، مع أن مركزهم يشابه مركز الموصين فى شركة التوصية الى حد ما . والحقيقة أن طلب الاطلاع ليس جائزا لكل الشركاء فى كل الشركات[١] .

ويلاحظ أن العمال الذين يأخذون أجورهم أو بعضها بصفة نصيب فى أرباح مخدومهم لا يعتبرون من الشركاء لمجرد ذلك . ولا يجوز لهم طلب الاطلاع على دفاتره . والذى يحصل عملا أن الاطلاع يجرى بواسطة خبراء ينتدبون بالاتفاق بينهم و بينه[٢] .

رابعا — حالة الافلاس — اذا أفلس التاجر فان القانون يقضى بتسليم دفاتره لوكيل الدائنين وهو السنديك . ولكن لا يجوز لكل دائن على حدة[٣] أن يطلب الاطلاع عليها ليثبت بها دينه قبل المفلس ، وذلك أولا لأن الدائن أحد مجموع الدائنين الذين يمثلهم السنديك ، ويكفى أن هذا يطلع على الدفاتر باسمهم جميعا . وثانيا لأن المفلس قد يعود إلى تجارته ، كما لو اصطلح مع دائنيه ، فاذا سمحنا لأحدهم بالاطلاع لكشفنا له أسرار مدينه . ومع ذلك فاذا وقع خلاف بين السنديك والدائنين أو أحدهم على حقيقة مركز المفلس فلا مفر من الاذن لهم أوله بالاطلاع على الدفتر[٤] . انما يجب على كل حال

---

(١) شيرون بند ٣٨٨

(٢) المرجع السابق .

(٣) تالير و برسيرو بند ٢١١ ص ١٦٢

(٤) شيرون بند ٣٨٦ ص ٢٤٤

أن يكون النزاع المطلوب فيه الاطلاع متصلا مباشرة بالتفليسة وناتجا عنها[1] .

ويلاحظ أن الاطلاع لا يجوز إلا بسبب الافلاس ولذلك لا يصح طلبه أو الأمر به قبل إعلان الافلاس بل ولا مع طلب إشهار الافلاس نفسه ، إذ قبل إشهاره لا يقال إن التاجر فى حالة إفلاس .

الاطلاع فى المنازعات التجارية — إن المادة التى نحن بصددها تقول "لا يجوز للمحكمة فى غير المنازعات التجارية ... أن تأمر بالاطلاع الا ... " والمفهوم من ذلك أن الأمر بالاطلاع وإن كان مقيدا فى المسائل المدنية بالأربعة الأحوال المذكورة آنفا إلا أنه مطلق فى المسائل التجارية جميعها . وبهذا يقول بعض الكتاب[2] ، ويرى البعض الآخر[3] انه اذا كان الاطلاع جائزا فى المسائل التجارية إطلاقا فلم يكن هناك محل للكلام على التقديم فى المادة ١٨/١٩ ت م وتكون هذه المادة زائدة ، لأن الاطلاع يؤدى الغاية من التقديم وأكثر ، إذ الأول يقتصر فيه على بحث نقط معينة فى الدفتر على رأيهم فى حين أن الاطلاع يجوز فى كل محتوياته فهو يغنى عنه . ومن باب أولى يكون الأمر كذلك اذا كان التقديم يجيز فحص الدفتر كله لا نقطا معينة منه . على أننا لا يهمنا أن تكون هذه المادة زائدة أو تلك ، وإنما يهمنا أن نعرف هل يجوز الاطلاع فى المسائل التجارية إطلاقا أو أنه لا يجوز الا فى الأربعة الأحوال التى يجوز فيها الاطلاع فى المسائل المدنية . إن المادة ١٤ ت ف المقابلة لهذه المادة لم تذكر عبارة " فى غير المنازعات التجارية " . ويفهم مما يقوله الكتاب فى فرنسا أن القاعدة التى كانت متبعة طبقا للأمر التجارى الصادر

---

(١) ملش وڤال بند ٢١٦ ص ١٣٢

(٢) المرجع السابق .

(٣) عزيز كحيل باشا الاثبات ١٥١ وقارن تعليق نشأت بك عليه ص ٢٩ .

سنة ١٦٦٧ هى جواز الاطلاع فى المسائل التجارية إطلاقا ويكون الاطلاع بايداع الدفاتر ليفحصها الخصم ، وكانت هذه الطريقة مضرة بمصالح التجار لأنها كانت تؤدى الى جعل أسرارهم عرضة للظهور. فلما وضع القانون الفرنسى سنة ١٨٠٧ قصر الاطلاع فى المادة ١٤ على الأربعة أحوال المذكورة آنفا [1] للأسباب التى قدمناها . وكان الواجب فى نظرنا أن يكون الأمر كذلك فى مصر ما دام مصدر التشريع المصرى فى هذه المسألة هو القانون الفرنسى . ولكن واضع القانون المصرى أضاف من عنده عبارة "فى غير المنازعات التجارية" فأحاط المادة بسبب هذه العبارة بغموض كبير . ورغم ذلك فنحن أميل الى اعتبار هذه العبارة كأنها غير موجودة أو لا عمل لها ، خصوصا وأن فى ذلك تمشيا مع تاريخ التشريع ورجوعا الى الأصل وهو عدم جواز إجبار الانسان على تقديم دليل ضد نفسه . واذا كانت إجازة الاطلاع جاءت على سبيل الاستثناء فالاستثناء لا يصح التوسع فيه . ولكن المحاكم تميل فى أحكامها [2] الى غير هذا . ويرى بعض الكتاب [3] أن زيادة هذه العبارة فى النص المصرى تجعل من المحتم القول بجواز الاطلاع فى المسائل التجارية إطلاقا . حقا إن التشريع يحتاج الى مراجعة فى هذا الموضوع .

١٥٨ — الاطلاع على الدفاتر غير المنتظمة — كما أن التقديم جائز بالنسبة للدفاتر المنتظمة وغير المنتظمة فكذلك الاطلاع . ويترتب على الامتناع عن الاطلاع عليها ما يترتب على الامتناع عن تقديمها ما قلناه آنفا

---

(١) شيرون بند ٣٨٦

(٢) انظر الأحكام المذكورة فى هامش ٢ ص ٢٣٥ وانظر س م ١٩١٢/١/٣١ و ١٩١٦/٤/٢٠ مج ت م ٢٤ ص ١١١ و ٢٨ ص ٢٦٥

(٣) ملش وفال بند ٢١٦ ص ١٣٢

(بند ١٥٦ ص ٢٣٥) . إنما يجب أن تكون الدفاتر إجبارية . أما الدفاتر الاختيارية فلا يجبر على تقديمها أو الاطلاع عليها لأنه لا يترتب على عدم حفظها أثر ما بالنسبة للتاجر . ويلاحظ على العموم أن طلب الاطلاع أو التقديم لا تجوز إجابته اذا كان الغرض منه الكيد للتاجر ، كأن يكون الدفتر موجودا فى البلاد الأجنبية ويطلب الخصم تقديمه أو الاطلاع عليه رغم أن صاحبه قدم ملخصا منه مصدقا عليه من قنصل الدولة التى يوجد الدفتر فى بلادها أو من موثق عمومى Notaire بعد تحققه من مطابقة الملخص للأصل (١) .

---

(١) س م ٣/١/١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ٨٢

الكتاب الثانى

العقود التجارية

عموميات

١٥٩ — لم يعقد المشرع فى القانون التجارى فصلا خاصا يبين فيه الأحكام العامة للتعهدات والعقود التجارية إطلاقا قبل أن يتكلم على الأحكام الخاصة بكل منها عقدا عقدا كما فعل فى القانون المدنى ، ثم هو لم يتناول فى القانون التجارى كل العقود الشائعة فى التجارة، بل أغفل الكلام على أهمها وأكثرها شيوعا وهو البيع، ولم يتعرض له إلا عرضا فى باب الافلاس عند الكلام على استرداد البائع البضائع المبيعة للفلس واسترداد المشترى منه الثمن (المواد ٣٨١ — ٣٩٦/٣٨٩ — ٤٠٤ت أم). وسكت سكوتا تاما عن القرض والوديعة وأعمال البنوك على العموم . ولم يذكر شيئا عن إيجار الأشخاص إلا عرضا فى باب الافلاس عند الكلام على امتياز مستخدمى المفلس وعماله بالنسبة لمرتباتهم وأجورهم (٣٦٣/٣٥٣ ت ا م) . ولا أثر للتأمين البرى فى القانون التجارى .

١٥٩ مكرر ١ — سريان القواعد المدنية العامة والخاصة على كل عقد لم يتعرض له القانون التجارى — ولما كان القانون المدنى مكملا للقانون التجارى فيما لم ينص عليه هذا الأخير (انظر بند ١٠ آنفا

فى الكتاب الأول) فلذلك تسرى القواعد المدنية العامة فى التعهدات والعقود كما تسرى القواعد الخاصة بكل عقد على حدة على التعهدات والعقود التجارية أيضا إلا فيما نص القانون التجارى على حكم آخر له . ومع ذلك فهذه القواعد تتخذ أحيانا شكلا مختلفا أو محوّرا فى تطبيقها على التعهدات والعقود التجارية بتأثير العرف أو العادات التجارية أو بدافع الرغبة فى تنظيم العلاقات بين التجار ، وعلى الخصوص بين الشركات التجارية والجمهور وتسهيلا له .

وينتج من ذلك أن أحكام المعاملات وإن كانت فى الغالب واحدة فى أساسها ومغزاها بالنسبة لما هو مدنى وبالنسبة لما هو تجارى من معاملات الناس جميعا إلا أنها قد تختلف فى تطبيقها على المسائل التجارية عنها فى المسائل المدنية إما بسبب نص قانونى يوجد الخلاف أو بسبب ما يجرى به العمل بين التجار .

ولا يسعنا هنا أن نحيط بكل أوجه التحوير والخلاف فى تطبيق القواعد المدنية على التعهدات والعقود التجارية على العموم، ولكن ذلك لا يمنعنا من أن نأتى على أهم مظاهرها . أما أوجه التحوير والخلاف فى أحكام كل عقد على حدة فستظهر تبعا للكلام عليه فيما يلى من هذا الكتاب . ولا ننسى قبل البدء فى ذلك أن نذكر أن العادات التجارية وما يجرى عليه العمل بين التجار تتغير من آن لآخر تبعا لما تقضى به حاجات التجارة وضروراتها ، فما يكون اليوم قاعدة قد يصبح غدا استثناء أو قد يبطل العمل به ، وما يكون اليوم عادة خاصة بتجارة معينة قد يصبح غدا عرفا عاما أو يحل محله عادة أخرى ، وهكذا .

أهم مظاهر التعهدات والعقود التجارية على العموم

١٥٩ مكرر ٢ — (ا) أهم مظاهر التعهدات التجارية —

كل ما يقال فى معنى التعهد وأركانه وآثاره أو نتائجه وأنواعه [١] وأسباب انقضائه يسرى فى التعهدات المدنية والتجارية سواء بسواء مع التحويرات الآتية فى التعهدات التجارية فى الأحوال الآتية وهى :

أولا — مسائل إثبات التعهدات — الإثبات فى المسائل التجارية غير خاضع كقاعدة عامة لشرط الكتابة ولا لقيوده المعروفة فى المسائل المدنية . وقد فصلناه فيما سبق (انظر بند ١٤٢ وما يليه من الكتاب الأول) .

ثانيا — إثبات تقصير المدين — يجب لإثبات تقصير المدين فى الوفاء بتعهداته ولإمكان مطالبته بالتعويضات إنذار المدين أو التنبيه عليه بالوفاء بورقة رسمية أو تكليفه بالحضور أمام المحكمة (١٧٨/١٢٠ م ا م) الا فى الأحوال الاستثنائية التى يستغنى فيها عن وجوب إثبات تقصيره . أما فى المسائل التجارية فيمكن إثبات تقصيره بخطاب موصى عليه حسب عرف التجارة [٢] وقد يثبت بمجرد الامتناع عن الوفاء عند حلول الميعاد (المادة ٤١٨/٣٣٥ت ا م) . وفى الأوراق التجارية تتبع اجراءات البروتستو .

(١) ويلاحظ أن العقود التجارية ، وعلى الخصوص البيوع ، يكثر فيها الاتفاق على أجل لتسليم المبيع أو لدفع الثمن كما يكثر فيها التعليق على الشرط والاقتران به . ويلاحظ أيضاً أن القواعد الخاصة بالتعهدات الناشئة عن قيمة أو شبه جنحة تسرى أيضا على المسائل التجارية . فالمادة ٢١٤/١٥١م ا م الخاصة بتعويض الضرر الناشئ عن الأعمال التى تضر بالغير هى أساس الأحكام فى الدعاوى التجارية الخاصة بالتعويض عن المنافسة غير المشروعة وعن الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية والفنية كالرسوم والنماذج وماركات الفابريكات وشهادة الاختراع وعلامة التجارة ، خصوصاً وأنه لا يوجد قانون خاص بحماية هذه الملكية .

(٢) ليون كان ورينو بند ٣٨١ وشيرون بند ٦٩ ونقض فرنسى ١٨٨٣/١٢/٥ دالوز ١٨٨٤/١/٣٠ .

ثالثا — الفوائد القانونية وتجميد الفوائد — يختلف سعر الفائدة فى الديون التجارية عنه فى الديون المدنية . فهو ٧ ./· فى الأولى و٥ ./· فى الثانية ما لم يتفق على غير ذلك بشرط ألا تزيد الفائدة عن ٩ ./· فى الحالتين . ولا يجوز تجميد الفوائد فى الديون المدنية إذا لم تكن مستحقة عن سنة كاملة . ولكن يجوز تجميدها فى الحسابات الجارية التجارية ولو كانت مستحقة عن مدة تقل عن سنة ، وتحدد المدة بحسب عرف التجارة. ولا تستحق الفوائد فى الديون المدنية إلا من يوم المطالبة القضائية بها فلا تستحق بمجرد انتهاء الأجل مالم يكن متفقا على غير ذلك ، أما فى المسائل التجارية فتستحق الفوائد عند انتهاء الأجل حسب العرف بدون مطالبة قضائية ولو لم يكن هناك اتفاق (المواد ١٢٤ — ١٨٢/١٢٧ — ١٨٧ م ام) .

رابعا — المهلة القضائية — يمكن إعطاء المدين فى المسائل المدنية مهلة للوفاء بدينه أو تقسيطه عليه ، إذا كان سيىء الحظ حسن النية . أما فى المسائل التجارية فليس من السهل [1] إعطاؤها خصوصا وأن مجرد امتناع التاجر عن دفع ديونه كاف لطلب إفلاسه إذا ثبت عجزه حقيقة عن الدفع ولو كان حسن النية سيىء الحظ (٢٠٢/١٩٥ ت ا م) .

وعلى كل حال لا يجوز أصلا إعطاؤها فى الديون الثابتة بالأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات الاذنية (١٦٣/١٥٦ ت ا م) .

خامسا — التضامن السلبى — اذا تعدد المدينون بدين واحد قابل للتجزئة فالقانون المدنى لا يفترض فيهم أنهم متضامنون فى الوفاء ما لم يكن هناك

---

(١) شيرون بند ٦٩ ص ٣٧ وليون كان ورينو بند ٣٨١ ص ٣٤٣

اتفاق على التضامن . أما فى الديون التجارية فيقولون بأن العرف التجارى يقضى بافتراض التضامن بينهم ولو لم يتفقوا على ذلك مع الدائن [١] . ومع ذلك فالمسألة خلافية فيما عدا الشركاء المتضامنين فى شركات التضامن والتوصية (٢٢ — ٢٨/٢٣ ، ٢٩ ت ا م) والديون الناشئة عن التوقيع على أوراق تجارية لأن كل من يمضيها يعتبر متضامنا فى الوفاء بقيمتها مع الآخرين بنص القانون الصريح (١٤٤/١٣٧ ت ا م) . و يلاحظ أن التضامن فى الأوراق التجارية يختلف عن التضامن فى غيرها من جهة ترتيب الرجوع .

سادسا — مضى المدة — تسقط الديون والتعهدات المدنية عادة بمضى خمس عشرة سنة إلا فى أحوال استثنائية نص عليها القانون وأطال فى بعضها المدة اللازمة لسقوط الحق وقصّرها فى البعض الآخر عن الخمس عشرة سنة. أما فى المسائل التجارية فنلاحظ أن المدد التى تطول عن ١٥ سنة لا تسرى لأنها وضعت لأحوال بعيدة عن التجارة وهى حالة المطالبة بالاستحقاق فى المواريث وحالة الوقف . أما مدة الخمس عشرة سنة والمدد التى تقل عنها فانها وإن كانت تسرى على المسائل التجارية والمدنية التى وضعت لها الا أن هناك ميلا ظاهرا من جانب المشرعين فى مختلف البلاد إلى جعل المدة أقصر فى المسائل التجارية . وقد نص المشرع المصرى على مدد قصيرة بالنسبة لبعض المسائل التجارية ذكرها بالذات فى القانون التجارى زيادة على المدد القصيرة التى قررها فى القانون المدنى إطلاقا . وهذه المسائل هى : (١) الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركة التى ترفع على الشركاء غير المأمورين بالتصفية أو على القائمين مقامهم (٧١/٦٥ ت ا م) ، (٢) الدعاوى على أمناء النقل وأمرائه (الوكلاء بالعمولة للنقل) بسبب التأخير فى نقل البضاعة أو ضياعها

---

(١) المراجع السابقة . وانظر س م ١٩١٤/١١/١١ مج ت م ٢٧ ص ١٨

أو تلفها (٩٩ و ١٠٤/١٠٤ و ١٠٩ ت. ا م) ، (٣) الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية (١/١٩٤-٢٠١ ت. ا م) .

١٦٠ — (ب) أهم مظاهر العقود التجارية وأشباهها — يسرى على العقود التجارية وأشباهها ما يسرى على مثيلاتها فى القانون المدنى من الأحكام العامة سواء من حيث أهلية التعاقد أو الرضا به أو من حيث موضوعه وسببه أو من حيث تفسير العقد وشروطه أو فسخه وآثاره وتنفيذه أو من حيث وجوب رد ما أخذ بغير استحقاق ودفع قيمة ما ينال الشخص من المنفعة من أعمال غيره اذا لم تزد قيمتها على ما أنفقه الغير . ولكن هذه الأحكام قد تتخذ أحيانا فى تطبيقها على المسائل التجارية صورا خاصة أو بالأحرى تظهر فيها العقود التجارية بمظهر خاص . وأهم مظاهرها ما يأتى :

أولا — من ناحية الأهلية — يشترط للقيام بالأعمال التجارية عرضا أو على سبيل الاحتراف أهلية خاصة عرفناها فيما سبق (بند ١١٥ من الكتاب الأول) .

ثانيا — من ناحية الرضا — يجب فى الرضا توافق الإيجاب والقبول على معنى واحد وأن يكون خاليا من شوائب الغلط والغش أو التدليس والاكراه . ولا فرق فى ذلك بين العقود المدنية وبين العقود التجارية . ولكن يلاحظ أن العقود المدنية تحصل فى الغالب فى مجلس واحد بين شخصين حاضرين معا ، ويندر أن يكون المتعاقدان بعيدا أحدهما عن الآخر فى وقت العقد . ولذلك يندر فى المعاملات المدنيــة حصولها بالمراسلة كما يندر فيها بالتالى تطبيق القواعد الخاصة بالعقود بالمراسلة .

العقود بالمراسلة فى المعاملات التجارية — أما فى المعاملات التجارية فيكثر التعاقد بالمراسلة سواء بالبريد أو بالتلغراف السلكى واللاسلكى

أو بالتليفون . ولذلك تتخذ الأحكام الخاصة بالتعاقد بالمراسلة أهمية خاصة فى التجارة ويكثر فيها البحث عن مكان تمام العقد ووقت تمامه خصوصا اذا ترتب على تعيين أحدهما معرفة المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق فى المنازعات الناشئة عن العقد من الوجهة الدولية (١) .

ثالثا — عيوب الرضا — قلنا إن الرضا يجب أن يكون صحيحا خاليا من الغلط والغش او التدليس والا كراه ، حتى يعتبر العقد ملزما لمن رضى به وليس فى كل ذلك ما يستوجب ملاحظة خاصة بالنسبة للعقود التجارية إلا فيما يتعلق بالغش أو التدليس وفيما يتعلق بالا كراه .

الغش — الغش فى المعاملات المدنية لا يترتب عليه إلا إمكان طلب إبطال العقد ممن وقع عليه وطلب تعويض الضرر الذى أصابه بسببه . أما فى العقود التجارية فكثيرا ما يترتب عليه فوق هذه الجزاءات المدنية البحتة جزاء جنائى أى عقاب . فقد نص قانون العقوبات فى مواد مختلفة على عقوبات تتراوح بين عقوبة جنحة وعقوبة مخالفة على الغش فى المواد التجارية كالمادة ٣١١/٣٠٢ ع ا م التى تعاقب بعقوبة جنحة من يغش المشترى فى عيار الذهب أو فى صفة الأحجار الثمينة أو من يغش الأطعمة والأشربة ، والمواد ٣١٤/٣٠٥ ، ٣١٥/٣٠٦ ع ا م الخاصة

(١) لا نتعرض هنا لبيان أحكام التعاقد بالمراسلة لسبق دراستها فى السنة الأولى فى مقرر الالتزامات ، ولكن نلاحظ فقط أن التعاقد بالتليفون يجب أن يعتبر فى حكم التعاقد بالبريد أو التلغراف من جهة معرفة المكان الذى يتم فيه العقد ، وعلى الخصوص اذا كان أحد المتكلمين فى بلد يخضع لقضاء وقانون مستقلين عن قضاء وقانون البلد الذى يوجد فيه الآخر (راجع كتابنا الموجز فى القانون الدولى الخاص بند ١٧٦ ص ٢٢٩) . أما من جهة زمان العقد فلا فرق بينه وبين التعاقد بين شخصين حاضرين فى مجلس واحد إذ يتم فى اللحظة التى يقبل فيها أحد المتكلمين بالتليفون ما يعرضه عليه الآخر . وانظر على العموم فى العقود بالمراسلة فاليرى بهذا العنوان سنة ١٨٩٥ وكذلك جيروت Girault رسالة بهذا العنوان أيضا سنة ١٨٩٠

بتقليد حقوق الملكية الفنيــة والصــناعية ، والمـادة ٣٣٩/٣٤٣ ع ا م الخاصة بغش المكاييل والموازين وعقوبتها عقوبة مخالفة .

ومع ذلك فلما كانت التجارة ترتكز على المهارة والحيلة فى ترويج البضاعة لذلك يتسامح مع التاجر بما لا يتسامح به مع غيره فى تقدير ما يعتبر غشا وما لا يعتبر . ويمكن القول بأن مبالغة التاجر فى وصف عروضه أو سكوته عن إبداء عيوبها لا تعتبر غشا ما لم يقترن ذلك بمناورات وطرق احتياليــة من شأنها أن تخدع من يتعامل معه . وبهذا القدر فقط يجوز الغش من جانب التاجر فى المعاملات التجارية En commerce trompe qui peut اذا سمى ذلك غشا اذ بغير هذا التوسيع البرىء على التاجر لا يمكن أن يستمر فى تجارته [١] .

الإكراه والثمن المحدد Prix fixe ، وعقــود الانضمام Contrat d'adhésion [٢] — القاعدة العامة فى المسائل المدنية والتجارية على حد سواء هى حرية التعاقد . ومفهوم ذلك أن يكون كل عاقد حرا حرية مساوية لحرية الطرف الآخر فى أن يناقش الشروط التى تعرض عليه ويقبلها أو يرفضها بمحض اختياره . ولكن العادة جرت بأن يحــدد التاجر وخصوصا أصحاب المحال والمخازن الكبرى ثمنا معينا لكل سلعة من سلعه المعروضة للبيع على الجمهور ، كما أن الشركات المنظمة القوية وعلى الخصوص شركات التأمين والنقل تحدد أسعار التأمين وأثمـان التذاكر وأجور نقل البضائع وشروطه وتطبعها فى عقود أو تعرفات Tarifs تعرضهـا على من يريد التأمين ، أو يطلع عليها من يريد السفر أو نقل البضائع . فاذا رغب أحد من الجمهور أن يؤمّن على حيـاته أو على شىء ممـا يهمه أو أن

(١) تاليرو برسيرو بند ١٠٠٥ ص ٦١٧

(٢) المرجع السابق . وبعضهم يسميها عقود " التـلاحق " وبعضهم يسميهـا عقود "الاذعان" . وكلتا التسميتين غير دقيقتين والأخيرة تفيد معنى أجمع الكتاب على نفيه كما سيظهر من الشرح فى الصفحة التالية .

يسافر أو ينقل بضائعه فما عليه إلا أن يمضى العقد ، كما أن من يحصل على تذكرة سفر أو ينقل بضاعة يعتبر قابلا لهذه الشروط أو منضما إليها . ونبادر هنا الى ملاحظة أنه مهما قيل فى هذا الموضوع فان معنى الاكراه منتف فيه ، لأن العاقد حر فى أن يتعامل على أساس الأثمان المحددة أوالشروط الموضوعة أو يرفض التعامل . وفيما يتعلق بتحديد أسعار البضائع فى المحال الكبرى قد يكون فى هذا التحديد فائدة للمشترى ، وعلى الخصوص للمشترى الجاهل بأحوال السوق وأثمان البضائع وغير الخبير فى مسائل الشراء، لأنه لولا هذا التحديد لأمكن للتاجر أن يستغل جهله وعدم خبرته أو ضعف عقله و يغبنه فى الثمن[1]. زد على ذلك أن تحديد الثمن لا يمنع فى الواقع بعض الأشخاص من المساومة فيه أو طلب تخفيضه و إجابتهم الى هذا الطلب تبعا لكمية المشترى واتصال التعامل بين العميل والتاجر . وفيما يتعلق بعقود الانضمام نرى أنها فى كثير من الأحيان تخضع لرقابة الحكومة عند تصريحها بانشاء الشركة ، وهى تراعى تجنب غبن الجمهور وتعمل لمصلحته . ومع ذلك فاذا كانت الشروط أو التعريفات أو اللوائح التى يجرى عليها التعامل بين الشركات والجمهور تحتوى على ما يخالف النظام العام أو ما يمكّن الشركة من التملص من مسئولية يجب أن تحملها طبقا للقانون فان المحاكم لا تتأخر فى إبطال الشرط المخالف . مثال ذلك : شرط عدم المسئولية عن الخطأ الجسيم فى نقل البضائع والأشخاص الذى تتمسك به عادة شركات النقل ومصلحة السكك الحديدية فان المحاكم تبطله وتقضى بمسئولية الشركة أو المصلحة .

رابعا — من ناحية موضوع العقد — يجب أن يكون موضوع العقد مما يجوز التعامل فيه ، ولا فرق فى ذلك بين المعاملات التجارية والمدنية .

---

(١) المرجع السابق .

وقد يكون موضوع العقـد عقارا أو منقولا ، إلا أننا عرفنا أن العقارات خارجة عن نطاق التجارة . ولذلك يجب أن تستبعد من العقود التجارية جميع العقود والتعهدات المتعلقة بالعقارات ولو كان الغرض من العقد المضاربة . ولذلك أيضا يمكن القول باطمئنان بأن موضوع العقود التجارية ينحصر فى المنقولات . ولكنه يشمل المنقولات جميعا سواء أ كانت حسية أم غير حسية أى معنوية .

خامسا — من ناحية سبب العقد — يجب أن يكون سبب العقد سواء فى المسائل المدنية أو فى المسائل التجارية مشروعا وجائزا قانونا وإلا كان باطلا، كما هى الحال فى ديون القمار . ومع ذلك فان بعض أنواع المضاربات التجارية يجيزه المشرع بنص خاص وبشروط معينة الغرض منها أن تخرج بهـا المضاربة من محض المقامرة وترتكز على الخبرة والتقدير المبنى على النظر والملاحظة والمقارنة بحيث يصبح التعاقد على أساسها غير مقصود به تخين الفرص والظروف بل استثمار مواهب المضارب ومعلوماته وخبرته . وتلك هى حالة المضاربات فى البورصة ، وعلى الخصوص صفقة (أو بيع) الفروق Marché des différences (٧٩/٧٣ ت ا م) . ويلاحظ أن البيوع فى البورصة تعتبر صحيحة ولو لم يكن المبيع موجودا لدى البائع وقت البيع ، ومع ذلك لا يعتبر هذا استثناء من القاعدة المدنية التى تقضى بعدم جواز بيع ملك الغير، لأن البائع فى هذه الحالة لا يبيع شيئا معينا بذاته تعلق به ملك الغير ولكنه يبيع مثليات معينة بنوعها وموجودة فى السوق ويمكن الحصول عليها منه .

سادسا — من ناحية أنواع العقود — العقود التجارية كلها من المعاوضات Contrats à titre onéreux لأن الغرض من التجارة الكسب والاثراء . أما عقود التبرعات فليست من التجارة ولو حصلت من تاجر . ومع ذلك فقـد

تؤثر صفة التاجر على تبرعاته المدنية فتبطلها حتى فى غير الأحوال التى تبطل فيها طبقا للقانون المدنى . مثال ذلك : تبرعات التاجر التى تحصل منه بعد الافلاس أو فى فترة الشك والعشرة الأيام السابقة عليها (٢٢٧/٢٣٥ ت ا م). ففى هذه الحالة يبطل التبرع لمجرد حصوله فى الزمن المذكور ولو لم يكن التاجر قصد به الاضرار بالدائنين لأن المشرع يفترض ذلك فى التاجر الذى أشرف على الافلاس وتوقف عن دفع ديونه (انظر أيضا المـادة ٢٢٩/٢٣٧ ت ا م) .

سابعا — من ناحية شكل العقد — يغلب فى العقود التجارية أنها عقود رضائية تتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول . ولا تحتاج لصحتها أو لإثباتها إلى إجراءات أخرى رسمية أو غير رسمية ولا إلى تسـليم موضوع العقد . ومع ذلك فيوجد فى التجارة بعض عقود شكلية وهى العقود التى ذكرنا فيما مضى (بند ١٤٧ آنفا من الكتاب الأول) أنها تحتاج إلى أن تكون بكتابة رسمية أو عرفية . كما توجد فيها بعض عقود عينية لا تتم الا بقبض العين المتفق عليها أو تسليمها كالقرض والوديعة وكالنقل على رأى .

ثامنا — من ناحية تفسير العقد وشروطه — يلاحظ أن للعادات التجارية أثرا كبيرا فى تفسير العقود التجارية (١٣٨/١٩٩م أم) وعلى الخصوص فى تحديد معنى الاصطلاحات المستعملة فيها وأثرها . فاذا قيل بأن الشحنة يجب أن تفرغ أو أن البضاعة يجب أن تشحن[1] فى ظرف ثلاثة أيام من يوم وصول السفينة فقد لا يكون المقصود أن يحصل ذلك فى ظرف ٧٢ ساعة من

---

(١) وكثيرا ما يرد فى عقـود البيوع التجارية البحـرية شرط الإرسال بأسرع ما يمكن Expédition au plus vite possible بدون تحديد مدة ، وفى هذه الحالة تجب مراعاة المواعيد المتبعة عادة بالنسبة لقيام البواخر من جهة وبالنسبة للزمن الذى يحتاج إليه حزم البضائع ونقلها وشحنها حسب العرف (س م ١٩/١١/١٩٢١ مج ت م ٣٤ ص ١٤ و ٤/٦/١٩١٩ مج ت م ٣١ ص ٣٣٢) .

ساعة وصولهـا بل فى ظرف ٧٢ ساعة باعتبار اليوم ٨ ساعات عمل . و إذا بيع كذا مئات من بعض أنواع الفاكهة فقد يقضى العرف التجارى باعتبار المـائة مائة وعشرين وحدة أو أكثر . ويكون مفعول العادة أقوى إذا كان العاقدان من جهة واحدة وكلاهما يعلم عادة الجهة المتبعة فى التجارة[١] التى حصل بشأنها العقد، لأن العادة فى هذه الحالة تعتبر شرطا متفقا عليه بينهما .

الفصـــل الأوّل

البيع التجارى

١٦١ — لم يرد عقد البيع بين العقود التجارية التى بيّن المشرع أحكامها فى القانون التجارى . ولذلك تسرى عليه الأحكام الخاصة بالبيع فى القانون المدنى مع مراعاة عرف التجارة وعادات التجار التى تتصل به . ويرى بعض الشراح أن بعض هــذه العادات يأخذ حكم القــانون سواء بسواء بحيث لو أخطأ القاضى فى تطبيقها كان حكمه قابلا للنقض . وهذه هى العادات التى يرفعها المشرع إلى مقام القانون بنص خاص أو بقانون خاص[٢] . ونلاحظ

(١) ومع ذلك قارن س م ١٩٢١/٥/١١ مج ت م ٣٣ ص ٣٢٣ الذى قرر بأن على المشترى الذى يجهل اللغة التى استعملها فى تحرير طلب البضاعة ويجهل أصول التجارة فى هــذه البضاعة أن يتحمل نتيجة جهله .

(٢) تالير وبرسيرو بنـد ١٠٠ — ١٠١ وشرون بند ٧٤ ومن أمثال القوانين التى دونت فيهـا العادات فى فرنسا القانون الصادر فى ١٨٦٦/٦/١٣ الذى دوّن العادات المتبعة فى بيع بأنواع المحاصيل المختلفة سواء فيما يتعلق بشروط البيع أو بكيفية احتساب الوزن الصافى nat والخام brut والظروف والأوعية tares وغيرها . ومع ذلك فهذا القانون لم يحصر كل العادات التى يتبعها التجار دائمـا فى مختلف المحاصيل والباقى منهـا كثير . ومن أمثالها فى مصر القانون نمرة ٢٤ سنة ١٩٠٩ الذى أجاز البيوع الصورية التى الغرض منها المضاربة على فرق أسـعار السلفة ودفع الفرق بين ثمن الشراء والبيع دون تسليم المبيع أو دفع الثمن (م ١ ت ٧٣/٧٩) .

أن هذا الكلام من تحصيل الحاصل لأن كل نص فى القانون يخطئ القاضى فى تطبيقه يعرض حكمه للنقض بصرف النظر عما إذا كان أصل النص ومصدره عرفا تجاريا أم لا . أما العادات التى لم تجر مجرى النص فانها تلزم المتعاقدين على اعتبار أنها شرط ضمنى فى اتفاقاتهم ما لم يستبعدوها بنص خاص أو ما لم يثبت من لا يريد الالتزام بحكمها أنها مجهولة منه ، وعلى الخصوص اذا لم تكن معروفة فى بلد كل من المتعاقدين أو فى تجارته . وقد كان من الواجب ، اكتفاء بهذه الاشارة و بما قدمنا فى البندين السابقين ، أن نقصر كلامنا على الصور التى يتخذها البيع التجارى أو أنواع البيوع التجارية ، كما يسميها الكتاب بكثير من عدم التدقيق ، وعلى تأثير الاصطلاحات والشروط التى تكثر فيها طبقا للعادات التجارية . ولكننا آثرنا أن نأتى أولا على مجمل أحكام البيع على العموم سواء أكان مدنيا أم تجاريا ، ثم على صور البيوع التجارية والشروط التى تجرى بها العادات التجارية وأحكامها . ولن يتردد القارئ فى قبول هذه الخطة إذا علم أن طالب التجارة الذى وضعنا له خصيصا هذا الكتاب لا يعلم شيئا من أحكام القانون المدنى الخاصة بالعقود المعينة ، وأن معلوماته فى القانون المدنى على العموم لا تتعدى معرفة مجملة بأصول الالتزامات ، وأنه رغم ذلك مكلف بالالمام بأصول القانون التجارى بتفصيل يستدعى دراسته على ثلاث سنوات مع أن طالب الحقوق لا يدرسه الا فى سنة واحدة . ولذلك كان من الواجب ، لاعطائه صورة صحيحة بقدر الإمكان عن البيع التجارى وأحكامه ، أن نطلعه أولا على مجمل الأحكام المدنية الأساسية .

القسم الأول

أحكام البيع على العموم

١ — تعريف البيع

١٠٦٢ — عرفت المادة ٢٣٥/٣٠٠ م ا م البيع بأنه "عقد يلتزم به أحد المتعاقدين بل ملكية شيء للآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما". وعرفه المشرع الفرنسى فى المادة ١/٥٨٢ م أنه التزام بتسليم شيء فى مقابل ثمن . وعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه "تمليك البائع مالا للمشترى بمال يكون ثمنا للبيع" (٣٤٣ من مجموعة مرشد الحيران لقدرى باشا) ولا يخرج تعريف البيع فى القوانين الأخرى عن مجمل هذا المعنى مع اختلاف فى التعبير أو فى التفصيل [1] .

ومن هذه التعاريف ، وعلى الخصوص من تعريف القانون المصرى وتعريف الشريعة الإسلامية ، نجد أن هناك إجماعا على أن البيع لا ينعقد إلا بتوافر الأركان الآتية مجتمعة وهي :

أولا — عاقدان أحدهما يسمى البائع والآخر يسمى المشترى .

ثانيا — شيء يبيعه أحدهما للآخر ويسمى المبيع .

ثالثا — مبلغ من المال يقوّم به الشيء المبيع ويسمى الثمن .

رابعا — رضا العاقدين بالبيع .

---

(١) انظر الهلالى بك ص ٢٩ — ٣٢ بند ٤١ — ٤٢

ولو نظرنا فى هذه الأركان الأربعة لوجدنا أنها لا تختلف عما يطلب عادة فى كل عقد . فالبائع والمشترى هما طرفا العقد، ورضا كل منهما هو السبب فى وجود العقد ولا يتصور بدونه، والمبيع والثمن يتكون منهما محل العقد . وإذا كانت العادة جرت بين الكتاب عند الكلام على محل عقد البيع أن يقصروه على المبيع دون الثمن فما ذلك إلا لأن القانون يشترط فى محل كل عقد أن يكون ممكنا وجائزا قانونا أى مما يجوز التعامل فيه، وهذان الشرطان متوافران دائما فى الثمن لأنه مبلغ من المال أو النقود فلا يتعلق به استحالة أو عدم مشروعية ، ولذلك لا يوجد ما يقال فيه من هاتين الناحيتين . ومع ذلك فالثمن من حيث هو ثمن، لا من حيث هو محل العقد فقط، يجب أن تتوافر فيه صفات وشروط يكثر الكلام فيها . والخلاصة أن محل عقد البيع يتكون من المبيع والثمن رغم انصرافه الى الأول عادة[1] .

ويلاحظ أن المبيع والثمن هما الركنان اللذان يتميز بهما عقد البيع عما سواه من العقود. أما العاقدان ورضاهما بالبيع فهما ركنان يشترك فيهما كل عقد.

وهذه الأركان جميعها واجب توافرها فى البيع التجارى كما هو واجب فى البيع المدنى، ولكنها تتحقق فى صور مختلفة فى المسائل التجارية فى بعض الأحوال .

وسنذكر هنا حكم كل من هذه الأركان مع بيان صورتها فى البيع التجارى مبتدئين بالعاقدين ثم بالرضا ثم بالمبيع وبالثمن. وبعد الانتهاء من الكلام عليها نتكلم على الوعد بالبيع وتعليقه على شرط واضافته إلى أجل ثم على آثاره .

---

(١) قارن الهلالى بك بند ٢٩٠ هامش ١

٢ — أركان البيع

(١) العاقدان

١٦٣ — يشترط فى كل من البائع والمشترى أن يكون أهلا للتصرف[١]، أى أن يكون بالغا عاقلا غير محجور عليه لسفه أو عته أو جنون أو لجناية[٢]. وإذا كان البيع تجاريا فمن الواجب أن تتوافر فيمن كان البيع تجاريا بالنسبة له الأهلية التجارية. أما من كان البيع أو الشراء مدنيا بالنسبة له فيكفى أن تتوافر فيه الأهلية المدنية. وتشترط الأهلية فى البائع أو المشترى مادام يبيع أو يشترى باسم نفسه، وسواء أكان يعمل لذمته ولحسابه أو يعمل لذمة وحساب غيره مثل أمين العمولة (الوكيل بالعمولة) لأن الأمين بالعمولة يعتبر تاجرا. وبيعه أو شراؤه يعتبر عملا تجاريا بطبيعته بالنسبة له، سواء أكان البيع أو الشراء معتبرا كذلك بالنسبة للآمر أم لا، ولذلك يجب أن يكون أهلا للقيام بالأعمال التجارية. أما إذا كان البائع أو المشترى يعمل باسم غيره ولحسابه كالوكيل العادى فى الشؤون المدنية فانه لا يشترط فيه الأهلية ما دام

---

(١) ويلاحظ أن أحوال المنع من البيع أو من الشراء أو من كليهما ليست من الأحكام المتعلقة بالأهلية لأن المنع مقرر فيها رغم أهلية كل من البائع والمشترى لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. ويلاحظ أن هذه الأحوال مجال تطبيقها فى البيوع المدنية، وقل أن يوجد محل لتطبيقها فى البيع التجارى لأن بعضها خاص بالتصرف فى العقار بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية أو الحجز العقارى فى المختلط، والعقارات بطبيعتها خارجة من مدار التجارة. وبعضها خاص بمنع القضاة والكتبة والمحضرين والأفوكاتية من شراء الحقوق المتنازع عليها فى المحاكم التى يؤدون فيها عملهم (٢٥٧/ ٣٢٤ م أ م) أو منع الأوصياء والأولياء الشرعيين والوكلاء المقامين بالاتفاق من شراء الأموال التى يكلفون بيعها وهى أموال القصر ومن إليهم وموكليهم. أما المنع من بيع ملك الغير فسنعلم عند الكلام على المبيع أن تطبيقه فى البيوع التجارية نادر لأنها لا تقع إلا فى المنقولات وقاعدة أن وضع اليد فى المنقول دليل الملك تعترضه لحد كبير.

(٢) س م ١٩١٣/١/٣٠ ج ت م ٢٥ ص ١٦١

موكله أهلا للتصرف[1]. وهذا الحكم الأخير لا يسرى بطبيعة الحال على التاجر الذى يقوم بالبيع أو الشراء بالوكالة عن غيره ، لأن الفرض أنه تاجر. وهو لا يكون كذلك إلا إذا استوفى شروط الأهليـة التجارية . ولا عبرة بكون البيع أو الشراء يعتبر مدنيا أو تجاريا بالنسبة لموكله .

وإذا انعدمت الأهلية عند أحد المتعاقدين، البائع أوالمشترى، أو نقصت جرت على البيع أحكام ناقص الأهلية أو فاقدها، سواء فى ذلك أكان البيع تجاريا أم كان مدنيا. وذلك لأنه إذا لم تتوافر الأهلية التجارية بالنسبة لأحدهما فان البيع لا يعتبر تجاريا بالنسبة له ولا تسرى عليه العادات التجارية .

ويلاحظ أن شروط الأهلية واجب توافرها سواء أكان العاقدان البائع أو المشترى أو أحدهما من الأفراد أم كانوا من الشركات. إنما نلاحظ أن أهلية الشركات بأنواعها يحددها الغرض الذى أنشئت لأجله طبقا لعقدها وللقانون الذى يحكمها ، وهو على الرأى الصحيح قانون البلد الذى يوجد فيه مركزها الرئيسى أى مركزها الادارى Siège social . فلا تملك أن تبيع أو تشترى بضاعة غير التى أنشئت للتجارة فيها إلا ما كان ضروريا لها بالتبعية كما نلاحظ أن الشركة تختلف عن الفرد فى أن البيع الذى يحصل منها فى غير حدود أهليتها Ultra vires يعتبر باطلا لا قابلا للبطلان فقط .

(ب) الرضا

١٦٤ — لا تختلف البيوع التجارية عن البيوع المدنية من جهة الرضا؛ فهو الركن الأساسى لكل عقد ولا يتصور له وجود بدونه . وكما أن الرضا فى العقود المدنية يتم بتوافق الايجاب والقبول ويشترط فيه أن يكون صحيحا

---

[1] س م ١٩١٦/٢/٣ مج ت م ٢٨ ص ١٣٧

خاليا من الغلط والغش أو التدليس والاكراه [١] فكذلك فى البيع التجارى لا ينعقد البيع إلا اذا كان البائع والمشترى قد رضيا به . وعبارة "رضيا به" تنصرف فى البيع التجارى إلى :

(١) الرضا بالبيع نفسه أى بعقده .

(٢) الرضا بالمبيع .

(٣) الرضا بالثمن .

(٤) الرضا بجميع شروط البيع التى يظهر من العقد أنهما يعتبرانها أساسية [٢] أو التى لولاها ما أقدما على العقد .

الايجاب والقبول — يغلب فى البيوع المدنيـة أن يتم الايجاب والقبول فى مجلس العقد أى فى مكان واحد يوجد به البائع والمشترى ويندر أن يكون بالمراسلة . وكذلك يغلب فى الايجاب أو العرض أن يكون موجها لمشتر معين معروف للبائع . أما فى البيوع التجارية فالعقود بالمراسلة شائعة ، وتكاد تكون هى الطريقة الوحيدة فى البيوع التجارية البحرية ، وخصوصا بين تجار الجملة فى بلاد الاستهلاك وبين التجار المنتجين أو أرباب المصانع فى البلاد الصناعية وكذلك بين أرباب المصانع وتجار وسماسرة المحاصيل والمواد الأولية . ولذلك تأخذ القواعد الخاصـة بالعقود بالمراسـلة أهمية خاصة فى البيوع التجارية البحرية . ويكثر فى البيوع التجارية على العموم أن يوجه العرض أو الايجاب لا إلى مشتر معين بل الى الكافة أو إلى الجمهور . ويهمنا أن نقـول كلمة فى كل من هاتين الظاهرتين :

---

(١) س م ١١/١/٩٠٥ مج ت م ١٧ ص ٧٣

(٢) س م ٢٤/٤/٩٠٢ مج ت م ١٤ ص ٢٦٤ ، ١/٣/١٨٩٨ مج ت م ١٠ ص ١٨٩

البيع بالمراسلة — يقال فيــه ما يقال فى العقود بالمراسلة على العموم وقد عرفه الطلبة فى السنة الأولى. ويكفينا أن نقرر هنا أن الرأى الذى يجرى عليه العمل أمام المحاكم المختلطة [١] هو أن العقــد يتم فى المكان الذى يرسل منه القبول، وهذا أيضا هو الرأى الذى تأخذ به المحاكم الأهلية [٢] ولكن على خلاف بينها فى الأحكام [٣] ، اذ يذهب بعضها [٤] الى الأخذ بالرأى القائل بأن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بقبول إيجابه ، وذلك طبعا لا يكون إلا فى مكان الموجب .

على أنه يلاحظ أن العادة جرت فى مصر فى المراسلات التلغرافية على أن يحــدد الموجِب ميعادا يجب أن يصله فيه الرد بالتلغراف أيضا فى محله أو فى مكتب التلغراف التابع له محله [٥] إلا اذا صرح بقبول الرد بالخطابات. وليس هذا فى الواقع إلا تطبيقا للقواعد العامة بخصوص تقيد الموجب بالأجل الذى يضرب به لقبول مايعرضه على الطرف الآخر. واذا لم يحدد ميعادا فالمفهوم أن الإيجاب يبقى مفتوحا مدة معقولة بحسب ظروف كل حالة لارسال الرد.

العرض على الجمهور أو الايجاب الصادر للجمهور عامة [٦] — يلاحظ أن أصحاب المحال التجارية كثيرا مايعرضون بضائعهم أوعينات منها فى واجهات محالهم (الڤترينات) مع بيان أثمانها ، وكثيرا ما يرسلون إعلانات أو نشرات

---

(١) س م ١٣/١/١٩٢٦ ، ٢/١٢/١٩١٥ مج ت م ٣٨ ص ١٧٩ ، ٢٨ ص ٤٣

(٢) دمياط ٢١/٤/٩١٠ شرائع ٢ عدد ٢٧١ .

(٣) الهلالى بند ١٢٣ ص ٧٣

(٤) س ٢٦/٣/٩١٢ مج ١٣ نمرة ٩ ص ١٨٢ ولكن انظر ملش وڤال نمرة ٧٧٨

(٥) پلاچى "البيع فى القانون المصرى" نمرة ١٤ ، س ٢٢/٣/٩١٢ ح ٢٨ ص ٣٣٩

(٦) بودرى وسينيا بند ٤١ ، ٤٦ — ٥٥ ، دالوز تعليقات على المادة ١٥٨٢ م ف ، والهلالى بند ١٢٥ — ١٣٠

(كتالوجات) لعملائهم تبين أصناف البضائع التى عندهم وأثمانها وصفاتها وغير ذلك من شروط البيع . وهذا العمل من جانب أصحاب المحال التجارية يعتبر عرضا عاما لكل من يرغب فى الشراء . ولا يختلف حكم هذا العرض عن العرض على شخص معين، ولذلك يتقيد التاجر بأن يبيع لكل من يتقدم للشراء بالثمن المبين فى الفترينة لأن العبرة فى تمام العقد ليست بشخص القابل بل بقبول المعروض . ولكنه لا يتقيد الا ببيع البضائع التى وضعت عليها بطاقات الأثمان لأنها هى التى تم الاتفاق عليها وعلى ثمنها . أما البضائع الموجودة بالمخزن من شبيهاتها أو مثيلاتها فلا يتقيد ببيعها بالثمن المعروض فى الفترينة . وكذلك لا يتقيد ببيع البضائع التى لم تعرض على الجمهور ولو كانت أثمانها مرقومة عليها أو على الصناديق التى تحتويها، لأن كتابة الثمن على البضاعة أو على الصندوق ليس الغرض منها بيان ثمنها الذى يقيد التاجر نفسه بأن يبيعها به للجمهور، وانما هو عمل خاص به يريد به تحديد القيمة التى يساوم الجمهور على أساسها .

واذا كان التاجر غير مقيد بأن يبيع للشترى غير البضاعة المعروضة فى الفترينة إلا أنه إذا عرض على المشترى بضاعة مثلها تماما مما هو موجود بمخزنه فليس للشترى أن يعترض . وذلك لأنه وإن كان من حق المشترى بالتدقيق أن يأخذ عين البضاعة المعروضة الا أن التمسك بذلك يعتبر تعسفا ما دامت البضاعة التى يريد التاجر تسليمها تماثل البضاعة المعروضة تماما من كل الوجوه وتقوم مقامها . وقلنا إن ذلك يعتبر تعسفا من جانب المشترى لأن التاجر يتكلف فى وضع البضاعة فى (الفترينة) نفقات كثيرة فى ترتيبها وإظهارها بالمظهر الذى يريده ويستخدم فى ذلك عمالا مختصين فى طرق العرض ومعرفة أذواق الجمهور ، ولو سمحنا للشترى بأن يتمسك بأخذ عين البضاعة المعروضة فى الفترينة لأدى ذلك فى كل مرة الى إعادة

ترتيبها وتنسيقها مما يكلف التاجر نفقات لا مبرر لها وضياع وقت ، ولذلك قضى العرف التجارى بأن التاجر غير ملزم بتسليمها اذا عرض مثلها تماما . ومع ذلك فان التاجر يهتم باسترضاء زبائنه أكثر من أى شيء آخر ، ولذلك لا يحجم عن تسليم نفس البضاعة المعروضة فى كثير من الأحيان وخصوصا اذا لم يكن فى تسليمها ما يخل بنظام العرض مدة طويلة .

العرض بالاعلان — عند ما يوزع صاحب المحل التجارى إعلانات أو نشرات أو قوائم أسعار أو كتالوجات على عملائه أو على الجمهور يتقيد ببيع أصناف البضائع الواردة فيما يرسله من الأوراق بالأثمان و بالشروط الواردة فيها ، كما يتقيد بذلك المشترون . ولا فرق فى ذلك بين ما اذا كانت البضائع موجودة لدى التاجر فى وقت إرسال الاعلان أو (الكتالوج) أو غير موجودة لديه فى ذلك الوقت ، لأن المفهوم من إعلانه عنها أنه مستعد لتقديمها لمن يطلبها ، فعليه أن يحصل عليها من الأسواق إن لم تكن عنده ، وليس له أن يحتج بأن سعرها فى السوق أصبح أعلى مما كان وقت إرسال النشرة وأنه سيخسر فيها .

إنما يلاحظ أنه لكى يتقيد التاجر بالبيع بناء على النشرة يجب على المشترى أن يثبت أنها أرسلت اليه وذلك باظهار الظرف المعنون باسمه كما يجب عليه الإسراع فى الشراء . فاذا لم يتقدم المشترى الا بعد أن تكون البضائع الموجودة لدى التاجر نفذت بالبيع لمن بادر من المشترين فلا يلزم التاجر بالبيع طبقا للنشرة لأن عملها يكون قد انتهى [1] ، ولا يلزم بالحصول على مثلها من الأسواق ولو لم تكن موجودة عنده وقت الاعلان أو يوم عمل النشرة اذا كان قد مضى زمن كاف عليها ولم يبادر المشترى الى الشراء. والعبرة

---

(١) بودرى وسينيا بند ٥٤

فى تحديد الزمن هى بالعادة والعرف التجارى الجارى فى نوع البضاعة المعلن عنها، وللقاضى فوق ذلك سلطة التقدير .

ويلاحظ أن القواعد العامة الخاصة بالرجوع عن الايجاب تسرى فى هذه الحالة أيضا فيجوز للتاجر أن يرجع عن النشرة بنشرة أخرى[1] يرسلها لمن أرسل اليهم النشرة الأولى وباعلان فى الجرائد اذا كانت الأولى معلنة بالجرائد .

العرض بواسطة مندوب متجول Commis-voyageur أو روّاد Placier — يحدث كثيرا فى التجارة أن يرسل صاحب المصنع أحد عماله أو يتفق مع أجنبى على أن يقوم ببيع بضائعه أو عرضها للبيع أو بجمع طلبات شراء للمصنع من الجمهور فى الجهات النائية عن مكان المصنع أو المحل . وهذه المسألة تثير مشاكل كالمشاكل التى يثيرها البيع بالمراسلة، اذ يهم فيها معرفة متى يتم البيع وفى أى بلد يتم . والجواب على ذلك يختلف باختلاف ما اذا كان المندوب المتجوّل أو الرواد مفوضا بابرام العقد أم لا . فاذا كان مفوضا بابرامه يعتبر كالوكيل ويعتبر البيع تاما فى الوقت الذى يتفق فيه مع المشترى على الثمن والمبيع وشروط البيع، كما يعتبر أنه تم فى البلد الذى يوجد فيه لأنه يحل محل التاجر وينوب عنه . أما اذا كان غير مفوض بابرام الصفقة، كأن كان مكلفا بالحصول على طلبات من المشترين لصاحب المصنع مع احتفاظ هذا الأخير بالموافقة عليها أو رفضها ، فقد كانت محكمة النقض الفرنسية تقضى فى هذا الموضوع بأن العقد لا يتم إلا من وقت حصول الموافقة من صاحب المصنع . ولكنها كانت تجعل للموافقة اذا حصلت أثرا رجعيا بمعنى أنها تعتبرها حاصلة لا من وقت حصولها فعلا، بل من وقت حصول المندوب على الطلب اذ يعتبر

---

(١) حلمى عيسى باشا بند ١٥٠

بعد الموافقة كأنه كان مفوضا بإبرام الصفقة من الأصل . ولذلك اذا كان المشترى رجع عن الطلب بعد تقديمه وقبل الموافقة عليه من صاحب المصنع فهذا الرجوع لا يجديه ويلزم بتنفيذ العقد، لأن رجوعه يعتبر حاصلا بعد قبول إيجابه وهو ما لا يجوز[1]. ولكن هذا الرأى فى نظرى غير صائب لأن المندوب المتجول هنا ليس وكيلا ولا فضوليا ، وليست هذه الحالة مما يصح القول فيها بأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. وانما المندوب المتجول واسطة للحصول على طلبات لا يتصرف فيها بنفسه . ولذلك يجب فى نظرى أن يبقى الطالب حرا فى الرجوع عن طلبه ما دام من يملك القبول لم يقبل بعد، ولذلك أيضا يظهر أن المحاكم فى فرنسا عدلت عن الرأى الذى ننتقده وأصبحت تحكم بمعنى الرأى الأخير[2] وهذا هو الرأى الذى يؤخذ من أحكام المحاكم فى مصر أيضا[3] .

أما البيع بواسطة السماسرة وأمراء العمولة فنلاحظ أن السمسار لا يعقد بنفسه ولا يعتبر طرفا فى البيع ، خلافا لأمير العمولة الذى يعقد العقد بنفسه ويعتبر هو البائع أو المشترى على حسب ما اذا كان مأمورا بالبيع أو بالشراء . ولا يلتزم الآمر بشيء إزاء من تعاقد معه الأمير لأنه ليس طرفا فى العقد (يراجع ما سنقوله فى عقد العمولة فى المجلد الثانى) .

١٦٥ — عيوب الرضا — إذا حصل الرضا بالإكراه أو بناء على غش أو تدليس أو حصل غلط من أحد العاقدين فان العقد يخضع للقواعد المدنية

---

(١) نقض فرنسى ١٨٥٢/٨/٣١ د ٥٢/١/٢٢٥

(٢) تالير وبرسيرو بند ١٠١٤ والأحكام التى أشار اليها فيه ص ٦٢٢ ، التماس فرنسى ١٩١٠/١١/١٦ د ١٩١٢/١/٤٩

(٣) كتابنا الموجز فى الدولى الخاص بند ٢٥ ص ٢٩ — ٣٠ والأحكام التى أشير اليها فى ص ٣٠ انظر كذلك س م ١٩٠٨/٥/٢٠ مج ت م ٢٠ ص ٢٣٧

العامة المتعلقة بمبطلات الرضا ومفسداته . ولا تستدعى هذه القواعد تطبيقا خاصا فى البيع التجارى الا بالنسبة للغلط ، مع ملاحظة ما قلناه آنفا من أن التدليس يتسامح فيه فى المسائل التجارية بما لا يتسامح فيه عادة فى المسائل المدنية بشرط أن يكون بريئا Dolus bonus ولا ينطوى على مناورات ايجابية[١] لايقاع الطرف الآخر فى الغلط والتغرير به . ولا يعتبر من هذه المناورات مبالغة التاجر فى تحسين بضاعته والاشادة بجودتها .

١٦٥ مكرر — الغلط — الغلط فى شخص أحد المتعاقدين ليس مما يؤثر فى صحة البيع التجارى كما لا يؤثر فى صحة البيع المدنى ، لأن البيع مما لا ينظر فيه الى شخصية المتعاقدين ولأنه من المعاوضات التى لا عبرة فيها إلا بكون كل من الطرفين يأخذ عوضه . أما الغلط الذى يغلب حصوله فى البيوع التجارية و يؤثر فى صحتها و يبطلها بناء على طلب من غلط فهو الذى يحصل إما فى ماهية المبيع أو فى صفاته الجوهرية . وماهية المبيع هى عناصره التى يتكون منها و يتميز بها عن غيره من الأشياء[٢] . وهى طبعا لا تختلف باختلاف المتعاقدين وأذواقهم وأغراضهم لأنها ملازمة للشيء ومن طبيعته . أما الصفات الجوهرية فهى الصفات التى تحمل الشخص على التعاقد والتى لولاها ما قبل أن يقدم عليه[٣] ، وهى تختلف طبعا باختلاف الأشخاص[٤] ، فقد أشترى آنية على أنها أثرية ولا يهمنى أن تكون من الفضة أو من الذهب أو من البرونز . وحينئذ تكون الصفة الجوهرية التى حملتنى على الشراء كونها أثرية ، فاذا تبين لى بعد ذلك أنها ليست أثرية كان لى طلب

---

(١) قارن س م ١١/٥/١٩٢١ ج ت م ٢٣ ص ٣٢٣ الذى قضى بأن على المشترى إثبات المناورات التى يدعى أن البائع خدعه بها .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ١٣٢

(٣) كولان وكابيتان ٢ ص ٢٨١ ، والتون ١ ص ٢٢٣

(٤) بودرى و بارد الالتزامات ١ بند ٥٤

بطلان العقد[1] . وقد أشترى حصانا للسباق فاذا تبين لى أنه مخصص لجر العربات فلى طلب بطلان البيع ، فى حين أن غيرى قد يشتريه للجر فتعتبر مقدرته على الجر صفة أساسية أو جوهرية Qualité substantielle بحيث لو ظهر أنه للسباق جاز له إبطال البيع ، وهكذا .

وأحكام الغلط فى ماهيـة الشىء وصفاته الجوهرية وان كانت مستمدة من القواعد العامة الخاصة بالغلط فى العقود على العموم الا أن المشرع طبقها فى عقد البيع تطبيقا خاصا ، وتتخذ فى بعض أنواع البيوع التجارية لونا آخر . فقد نص المشرع فى المـادة ٢٤٩/٣١٥ م ا م على أن " المشترى يجب أن يكون عالمـا بالمبيع علما كافيا إما بنفسه أو بمن وكله عنه فى معاينته " والأصح " فى رؤيته " لأن النص الفرنسى يعبر بقوله De le voir ولأن هذه المادة وما يليها مأخوذة من قواعد الشريعة الاسلامية الخاصة بخيار الرؤية . ونص فى المـادة ٣١٩/٣٥٣ م ا م على أن " البيع للأعمى يكون صحيحا اذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير معاينته (رؤيته) Autrement que par la vue أو حصلت معاينته ممن عينه معتمدا عليه فى ذلك " . ونص فى المـادة ٢٥٠/٣١٦ على أن " المشترى جزافا اذا لم يكن شاهد إلا بعض المبيع وتبين له أنه لو رآه كله لامتنع عن شرائه يكون له حق طلب الفسخ " . ونص فى المـادة ٢٥١/٣١٧ على " أن حق المشترى فى طلب الفسخ يسقط اذا كان قد ذكر فى عقد البيع أنه عالم بالمبيع إلا إذا ثبت تدليس البائع " . ونص فى المـادة ٢٥٢/٣١٨ على أنه يمكن الاستغناء عن المعاينة " اذا اشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكنه الكشف عليه وتحقيق حالته " .

---

(١) س م ١٣/١/١٩٢٦ مج ت م ٣٨ ص ١٧٠ ، ٢٧/٥/١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٥٧

ويؤخذ من هذه المواد أن علم المشترى بالمبيع علما كافيا بنفسه أو بواسطة غيره يسقط ادعاءه فيما بعد بوجود غلط لأن العلم الكافى كما يقول نجيب الهلالى بك يعصمه من الوقوع فيه[1]. وطرق العلم تختلف باختلاف الأشياء وباختلاف الأشخاص . وهى ليست مقصورة على الرؤية لأن هـذه المواد مأخوذة من قواعد الشريعة الاسلامية الخاصة بالرؤية ، والعلم عند الشرعيين كما يكون بالرؤية قد يكون بغيرها فيكون بالشم أو بالذوق أو باللمس مثلا . ولذلك قرر المشرع أنه يجوز البيع للأعمى اذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بغير المعاينة المادية أو الرؤية لأن الغرض هو الوصول للعلم الكافى لا مجرد المعاينة.

ويقوم مقام المعاينة ذكر المشترى فى العقد أنه عالم بالمبيع. وكذلك يقوم مقامها بيان المبيع وأوصافه الأصلية فى العقد. وليس معنى ذلك أنه لا بد أن يكون هناك عقد كتابى يذكر فيـه بيان المبيع وأوصافه الأصلية لأن الكتابة ليست شرطا لا لصحة البيع ولا لإثباته فى المسائل التجارية. ولذلك يكفى أن يكون البائع قد بين للمشترى حقيقة المبيع وأوصافه الأصلية ولو مشافهة .

وتطبيقا لهذه القواعد فى بعض أنواع البيوع التجارية لا تعتبر مشاهدة بعض المبيع فى البيع الجزاف Vente en bloc كافية لافادة العلم بكل المبيع. ولذلك أجاز المشرع للمشترى جزافا أن يفسخ البيع اذا لم يكن شاهد الا بعض المبيع وتبين له عند استلامه أنه لو كان رآه كله لامتنع عن شرائه . وبطبيعة الحال لا يجوز له الفسخ لمجرد الادعاء بأنه لو رآه كله لامتنع عن الشراء . انما يجوز له ذلك اذا كان الكل غير مطابق حقيقة للبعض الذى رآه وإلا أمكنه التخلص من العقد على حسب هواه وفى ذلك تلاعب بحقوق البائع .

---

(١) الهلالى بند ١٧٤ ص ٩٣

وقد جرت العادة فى بعض التجارات كتجارة القطن والبذرة والحبوب أن يحصل البيع بمقتضى نماذج Types أو عينات Échantillons يطلع عليها المشترى . وفى هذه الحالة اذا طابق المبيع العينة أو النموذج الذى حصل البيع على أساسه فلا يجوز للمشترى أن يدعى أنه لو كان رأى كل المبيع لامتنع عن الشراء بل يلزم بالصفقة .

١٦٦ — الغلط وعدم معاينة المبيع أو عدم العلم به — لايطالب المشترى الذى لم يعاين المبيع أو لم يعلم به بأية طريقة من الطرق التى تفيد العلم بأن يثبت غلطا من جانبه اذا أراد استعمال حقه فى فسخ البيع أو إبطاله ، بل يكفيه أن يثبت عدم العلم أو عدم المعاينة . ولذلك نص القانون فى المادة ٣١٨/٢٥٢م على أن البيع لا يكون صحيحا إذا لم يكن المشترى عاين المبيع بنفسه أو بواسطة غيره . على أن الصلة بين عدم معاينة المبيع أو عدم العلم به و بين الغلط ظاهرة . ولذلك لا غرابة فى أن يكون للمشترى حق فسخ البيع أو إبطاله لمجرد عدم العلم به . وهذا هو اللون الخاص الذى يتخذه تطبيق قواعد الغلط فى البيع .

ومن المسلم به فى قواعد الغلط أن الرضا بالشىء الذى كان محلا للتعهد يسقط حق العاقد فى طلب الفسخ للغلط . وتطبيقا لهذه القاعدة يسقط حق المشترى فى طلب إبطال البيع فى الأحوال الآتية وهى : (١) اذا كان قد صرح فى العقد بأنه عالم بالمبيع ، (٢) اذا تصرف فيه بعد استلامه ورغم عدم معاينته بأى تصرف كان ، كما لو باعه أو رهنه أو أجره ، (٣) اذا سكت مدة طويلة بعد الاستلام ولم يبادر الى طلب البطلان[1] — لأنه يعتبر فى الحالتين الأخيرتين راضيا به ضمنا — ، (٤) اذا استحال عليه رد المبيع الى

---

(١) هالتون ٢ ص ٦ — ٧ .

البائع بحالته الأصلية كما لو هلك بعضه أو تغيرت هيئته بفعل المشترى كأن كان قمحا فطحنه وصار بذلك دقيقا .

ويلاحظ أن المشترى جزافا ليس له حق قبول ما عاينه من المبيع وطلب البطلان فيما لم يعاينه . بل عليه إما أن يرفض المبيع كله أو يقبله كله لعدم تفريق الصفقة على البائع . وليس له فى حالة البيع جزافا أيضا حق طلب تنقيص الثمن (٣١٦/٢٥٠ م ا م)[١] .

(ج) المبيع

١٦٧ — البيع التجارى لا يحصل أصلا فى العقارات ، انما يحصل فى المنقولات بلا فرق بين المنقولات المادية أو الحسية وبين المنقولات المعنوية ، كبيع المحل التجارى[٢] وحقوق الملكية الصناعية والفنية ، ولا بين الحصص الشائعة فى المنقولات وبين المنقولات المملوكة ملكا خالصا للبائع . ويكثر فى البيع التجارى أن يكون المبيع من المثليات التى تكثر فى الأسواق ويقوم أحدها مقام الآخر كأنواع العروض أو السلع أو البضائع والأوراق المالية ، ولكنه يحصل أيضا فى القيميات التى تتفاوت آحادها فى القيمة ولا يقوم أحدها مقام الآخر . ومهما كانت صفة المبيع أو طبيعته فانه يشترط لصحة البيع أن تتوافر فى المبيع الشروط الآتية وهى :

(١) أن يكون المبيع مما يجوز الاتجار أو التعامل فيه ، وقد يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه إما بسبب طبيعته أو بنص فى القانون أو فى اللوائح . فالحريات الفردية لا يجوز بيعها بسبب طبيعتها ، فمثلا لا يجوز للشخص أن يبيع لغيره حريته فى التجارة ويقيد نفسه بعدم الاتجار أصلا فى أى مكان

---

(١) الهلالى بك بند ١٦١ — ١٦٢

(٢) س م ٢٦/١/١٨٩٩ ، ١٠/٥/١٩٠٠ مج ت م ١١ ص ٢٨١ ، ١٢ ص ٢٤٨

أو زمان ما دام حيا . والبيع فى هـذه الحالة لا ينعقد لعدم وجود محل يقع عليه . ولكن يجوز للانسان أن يبيع تجارة معينـة فى جهة معينة ويتعهد بعدم مزاحمة المشترى بفتح محل آخر فى تلك الجهة أو لمدة معينة ، لأن البيع هنا ليس واقعا على حرية البائع الفردية فى مجموعها . أما إذا كان الشىء مما يجوز التعامل فيه بحسب طبيعته ولكن القوانين أو اللوائح حرمته لسبب من الأسباب التى تتعلق بالمصلحة العـامة ، كحماية الصحة أو الآداب أو الثروة العامة ، فان البيع فى هذه الحالة لا ينعقد أيضا لأن محل العقـد يعتبر غير مشروع ، فيبطل طبقا للقاعدة العامة فى التعهدات التى تقضى بأن موضوع التعهد يجب أن يكون ممكنا وجائزا قانونا. وقد يكون تحريم التعامل فى بعض الأشياء عاما مطلقا أو مقصورا على مدة محدودة أو مقيـدا بشرط الحصول على رخصة . وفى كل هذه الأحوال تراعى نصوص القوانين التى نصت على التحريم وتطبق بقدرها . فبيع الأسلحة والبارود جائز بشرط حصول البائع على رخصة وبقيود أخرى ، ولذلك لا يعتبر البيع باطلا إذا روعيت تلك الشروط والقيود .

(٢) أن يكون المبيع موجودا وقت التعاقد — قد يكون المبيع موجودا وهلك قبل التعاقد أو فى أثنائه ، وقد يكون غير موجود أصلا وقت التعاقد .

فاذا كان المبيع موجودا وهلك قبل التعاقد أو فى أثنائه ولو بغير علم البائع أو المشترى أو كليهما كان العقـد باطلا أو بالأحرى لم ينعقد البيع لانعدام محله ، ولا يلزم المشترى بدفع الثمن ولا البائع بتسليم المبيع. وللمشترى استرداد الثمن إذا كان دفعه . ويعتبر فى حكم الهلاك فى البيوع التجارية على الخصوص أن تفقد البضـاعة مزاياها التجارية كما لو كان المبيع كمية من الفواكه وأفسدها العطب أو أتلفتها الحموضة قبل أن يتم البيع .

ويلاحظ أن الكلام هنا مقصور على الهلاك الذى يصيب المبيع قبل تمام البيع ، أما هلاكه بعده فله حكم آخر سنعرفه عند الكلام على آثار البيع .

وإذا كان الهلاك جزئيا أصاب بعض المبيع دون البعض الآخر فيرى معظم الشراح فى مصر[1] اعتمادا على نص المادة ١٦٠١/٢م فرنسى التى لا مقابل لها فى القانون المصرى أن يكون للمشترى خيار ترك الصفقة أو أخذ ما لم يهلك بقيمته أى بعد خصم قيمة الجزء الهالك. ويبررون ذلك بأن الصفقة يجب أن تعتبر غير منقسمة فلا يجوز إلزامه بأخذ البعض وترك البعض . وعلى كل حال لا يجوز للمشترى أن يستند على الهلاك التافه فى جزء ضئيل من المبيع ليتخلص من الصفقة[2] .

أما إذا كان المبيع لم يوجد أصلا وقت التعاقد فالبيع لا ينعقد ويجب تطبيقا للقواعد العامة أن يعتبر باطلا لانعدام محله وقت العقد. وهذا الفرض فى الواقع نادر لأن الناس ليسوا من الطيش بحيث يبيعون أو يشترون شيئا غير موجود أصلا. وإنما الذى يحصل عملا أن يبيع الشخص شيئا يحتمل وجوده فيما بعد وإن كان غير موجود فعلا وقت العقد . وهذا يحصل كثيرا بالنسبة للمحاصيل والمنتجات الطبيعية . فيبيع الصياد مثلا ما يقع فى شباكه من الطير أو السمك قبل أن يصيده ، ويبيع الزارع للتاجر ما تنتجه أرضه من القطن إما جملة وبثمن محدد أو بسعر القنطار كذا من الريالات ، ويبيع صاحب حديقة الفاكهة ما على الشجر من الثمر قبل نضجه . وفى مثل هذه الأحوال يجب التساؤل هل يبطل البيع لانعدام المحل أو يعتبر صحيحا باعتبار إمكان وجود المبيع مستقبلا ؟ هذه هى مسألة بيع الأشياء المستقبلة التى سنشرحها حالا .

---

(١) دى هلتس ٤ بيع بند ٦٥ وعيسى باشا بند ٣٠٦ والهلالى بك بند ٢٩٣

(٢) دالوز ١٨٥٦/١/٢٥٤ عكس بلانيول ٢ بند ١٣٦٧

١٦٧ مكرر — بيع الأشياء المستقبلة — بيع الأشياء المستقبلة جائز فى القانون الفرنسى بنص صريح (المادة ١١٣٠ مدنى)، أما فى مصر فالمحاكم والشراح يجيزونه بطريق الاستنتاج العكسى من بعض نصوص تحرمه فى أحوال خاصة وأخذوا منها أنه ما دام التحريم واردا على أحوال خاصة فمعنى ذلك أن الأصل جوازه ، ولذلك يجوز للصياد أن يبيع ما يقع فى شبكته من السمك أو الطيور ولو لم يكن وقع فيها شيء وقت العقد[1] .

الأحوال المستثناة : أولا — بيع التركات المستقبلة — بيع الحقوق فى تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه باطل (٣٣٢/٣٦٣ مام). فلا يجوز للوارث أن يبيع نصيبه فى التركة قبل ثبوت إرثه بوفاة مورثه . وقد روعى فى ذلك المحافظة على الآداب العامة لأن مثل هذا البيع فيه معنى المضاربة بحياة المورث ، وقد يدعو إلى الاجرام ثم هو يساعد المعوزين من الورثة على الوقوع فى براثن المرابين . ونحن نلاحظ أن المستقبل هنا ليس وجود المبيع لأن التركة موجودة فرضا إنما المستقبل هو ثبوت حق البائع فى المبيع . ولذلك كان يجب أن تعامل هذه الحالة على أنها حالة خاصة من أحوال بيع ملك الغير وتحريمه مع النص على تحريمها حتى باجازة المالك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة .

ثانيا — بيع المحصولات المستقبلة قبل نضجها — هذه هى الحالة التى يهمنا أمرها فى البيع التجارى — فكثير من التجار يعمدون الى شراء بضائعهم إما جملة أو بسعر الوحدة من المحصولات القائمة فى الأرض قبل نضجها. وقد تعرض المشرع المختلط وحده لهذه المسألة دون المشرع الأهلى مع أن الشريعة

---

(١) والتون ١ ص ٧٠ وانظر س م ٤/٢/١٩٠٤ مج ت م ١٦ ص ١٣١

الاسـلامية فيها نصوص تشابه النصوص المختلطة وتعتبر أصلا لها . وهاك حكم هذه المسألة . نصت المـادة ٣٣٠ م م على أنه "لا يصح بيع الأثمـار قبل انعقادها ولا بيع الزرع قبل نباته"، وهي تكاد تطابق المـادة ٣٨٣ من مرشد الحيران التي تقضي " بعدم جواز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نبته ولا بيع الحمل " أي قبل انفصاله من بطن أمه . ونصت المـادة ٣٣١ م م على أن "بيع الأثمار المنعقدة والزرع النابت يشمل الأثمار التي تنعقد والزرع الذي ينبت بعد البيع" . وهـذا يطابق تماما قول المـادة ٣٨٥ من مرشد الحيران "ماتتلاحق أفراده وتبرز شيئا فشيئا كالفواكه والأزهار والخضروات إن كان قد ظهر أكثره يجوز بيعه مع ماسيبرز صفقة واحدة " .

ويؤخذ من هذه المواد أن بيع الثمار والخضروات والمحصولات الأخرى كالقطن والقمح والأرز وغيره وهي قائمة على شجرها أو في أرضها يجب لكي يكون صحيحا أن يكون الثمر قد انعقد والزرع قد نبت . لأنه اذا انعقد الثمر ونبت الزرع يكون المبيع في حكم الموجود. على أنه إذا كان قد ظهر معظم الثمر أو نبت معظم الزرع فان ماينبت أو يظهر منه بعـد العقد يدخل ضمن المبيع، لأن النضج لا يمكن أن يتم دفعة واحدة بل تتلاحق أفراد الزرع والثمار في الانعقاد والظهور كما تقول المـادة الشرعية ، ولأنه لا يمكن القول بأن المشتري قصد شراء الثمـار التي كانت منعقدة فعلا وقت العقد دون ما ينعقد منها بعده لأن من الصعب حصرها أو تمييزها بعضها من بعض .

ويؤخذ من هـذه المواد أيضا أن بيع الزرع الذي لم ينبت والثمار التي لم تنعقد أصلا أي بيع المحصولات التي لم تظهر حتى وقت العقد باطل لعدم وجودها ولاحتمال عدم ظهورها أصـلا فيغبن المشـتري بالزامه بالثمن بغير مقابل ، أي أن العقد في هذه الحالة يكون احتماليا بالنسبة له في حين أنه

محقق الفائدة للبائع أو لاحتمال العكس بأن يكون الثمن الذى يدفعه المشترى قليلا أو غير متناسب مع كمية المحصول أو أن يغبن البائع وتكون الفائدة كلها للمشترى .

وكان الواجب أن يكون بيع المحصول الذى لم ينبت أو لم ينعقد ثمره باطلا مهما كانت طريقة البيع أى سواء أبيع جملة بسعر محدد للجملة أى جزافا أو بسعر الوحدة . ولكن لما كانت النصوص التى نصت على بطلان البيع فى هذه الحالة معتبرة أنها نصوص استثنائية ، لذلك جرت المحاكم المختلطة فى أحكامها على قصر البطلان على حالة بيع جملة المحصول بسعر محدد للجملة[1] ، كأن يشترى كل ما تنتجه أرض البائع بمبلغ كذا ، لأن هذه هى الحالة التى تتحقق فيها علة البطلان وهى الضرر إذ قد لا تنتج الأرض شيئا أولا تنتج ما يوازى ما دفعه المشترى من الثمن . وقد تغالت المحكمة المختلطة فى حصر البطلان فى هذه الحالة فى أضيق مجال فلم تسمح به للمشترى وقالت إنه بطلان نسبى مقرر لمصلحة البائع وحده [2] .

أما اذا كان الشراء حاصلا بسعر الوحدة وزنا أو كيلا أو عدا [3] فان المحاكم المختلطة تجيزه حتى ولو حصل العقد قبل انعقاد الثمر أو نبت الزرع لانتفاء الضرر إذ أن المشترى سيأخذ حتما ما تنتجه الأرض ولا يدفع إلا قيمة ما يأخذه وإذا لم تنتج شيئا لم يدفع شيئا . فالمنفعة والضرر متقابلان ومتعادلان من

---

(١) س م ١٩١٤/٢/١٨ ، ١٩٢٧/٥/١٠ مج ت م ت م ٢٦ ص ٢٣٠ ، ٣٩ ص ٤٥٥

(٢) س م ١٩٠٢/٢/٤ مج ت م ١٦ ص ١٣١

(٣) س م ١٩٠٠/٢/١٥ ، ١٩١٢/٥/٨ ، ١٩١٠/١٢/٢١ مج ت م ١٧ ص ١١٧ و٢٤ ص ٣٢٣ ، ٢٣ ص ٧٧

الجانبين . ولا فرق فى هذه الحالة بين ما إذا كان السعر محددا فى العقد ، أو متفقا على تحديده طبقا لسعر السوق أو سعر البورصة يوم التسليم[1] مثلا ، أو على زيادته أو تخفيضه طبقا لرتبة أو صنف البضاعة المبيعة . ويغلب تطبيق هذه القاعدة فى تجارة القطن فى مصر ، والأحكام فيها كثيرة ومتفقة على هذا المعنى .

(٣) يجب أن يكون المبيع متقوما — لا ينعقد البيع فى الأشياء التى لاقيمة لها أو التى قيمتها تافهة Qui n'ont aucune valeur appréciable (٣٢٦/٢٥٩ م ا م) لأن هذه الأشياء تعتبر فى حكم العدم . ويلاحظ أن الشىء قد لايكون له قيمة فى ذاته ولكنه ذو نفع خاص للمشترى . وفى هذه الحالة يصبح متقوما .

(٤) يجب أن يكون المبيع ممكنا تسليمه بطبيعته — وكذلك لا ينعقد البيع فيما لايمكن تسليمه بحسب طبعه لاستحالة تنفيذ البيع فى هذه الحالة . واذا كانت المادة ٣٢٦/٢٥٩ مام تكلمت عن الاستحالة الطبيعية فهذا لا يمنع من أن يكون حكم الاستحالة الطبيعية كحكم الاستحالة القانونية كأن يكون المبيع مما لايجوز التعامل فيه قانونا . والغالب فى عروض التجارة أنها ممكنة التسليم بطبيعتها ، ولكن قد يحظر الاتجار فيها بنص خاص كما هى الحال فى الأسلحة والمواد المخدرة .

(٥) تعيين المبيع — يجب أن يكون المبيع معينا (٦٥، ٢٦٠/١٤٩، ٢٦١ م ا م) . لهذه المواد أهمية خاصة فى البيع التجارى لأنه كما قدمنا يغلب أن يكون فى المثليات . وقد فرقت هذه المواد بين المبيع من القيميات والمبيع من

---

[1] س م ١٩٢٢/٢/٢٣ ، ١٩٢٤/٢/١٨ ، ١٩١٢/٦/١٣ مج ت م ٣٤ ص ١٩٩ ، ٢٦ ص ٢٢٠ ، ٢٤ ص ٤٠٧

المثليات. فاذا كان من القيميات فالقاعدة أنه لايتعين بذكر نوعه فقط، ومن باب أولى لايتعين بذكر جنسه. فلا يصح البيع اذا بعتك حيوانا وكذلك لا يصح البيع اذا بعتك حصانا. وإنما يتعين بذكر أوصافه المميزة له وغيرها مما يؤدى إلى تعيين ذات الشيء المبيع (١).

أما المثليات فنظرا لكون آحادها لاتتميز بعضها من بعض ويقوم أحدها مقام الآخر فيكفى فى تعيينها ذكر نوعها وبيان مقدار ماوقع عليه البيع منها بالعدد أو بالقياس أو بالكيل أو بالوزن، كأن أبيعك مائة قنطار من القطن أو خمسين إردبا من القمح أوعشرين مترا من الصوف. ولا يكفى أن أبيعك قمحا أو قطنا أو صوفا. وقد تختلف أصناف الشيء الواحد فى المثليات وفى هذه الحالة إذا كان الغرض صنفا معينا منها وجب ذكر الصنف كأن يبيع كذا قناطير من القطن الأشمونى، أوكذا ضريبة من الأرز السبعينى. والفرق بين عدم ذكر النوع وبين عدم ذكر الصنف أن البيع لاينعقد فى الحالة الأولى لعدم معرفة المبيع. أما فى حالة السكوت عن ذكر الصنف فقط فان البيع لايبطل بل يعقد صحيحا وينعقد البيع على المقدار المعين من النوع المطلوب من صنف متوسط أى أنه يجب على البائع إعطاء بضاعته من صنف متوسط لا من أجود طبقة ولا من أخس طبقة كما يقولون(٢).

أما تعيين المقدار فيترتب على إغفاله أيضا بطلان العقد لجهالة المبيع إلا إذا أمكن تعيينه بوسيلة أخرى غير العدد أو الكيل أو الوزن أو القياس.

---

(١) ويرى الهلالى بك (بند ٣٢٢ص ١٨٧) أن المبيع من القيميات قد يتعين بذكر نوعه فقط وذلك اذا كانت ظروف العقد تدل على ذات المقصود كشراء شركة أمنيبوس خيلا فالبائع يعلم من الظروف أن المقصود هو خيل لجر. ولكن أليست أوصاف المبيع معينة هنا أو بالأحرى مفهومة ضمنا بسبب طبيعة عمل الشركة ؟

(٢) الهلالى بك بند ٣٠١ ص ١٨٦

وهذا يحصل فى البيع جزافا كأن يبيع الشخص كل ماتنتجه ارضه أو قطعة معينة من أرضه من القطن ، إذ بتعيين الأرض يتعين المبيع جملة سواء أقدر المحصول الناتج منها فى العقد على وجه التقريب أم لم يقدر ، إنما يلاحظ أنه إذا قدر المحصول فى العقد على وجه التقريب ولم تنتج الأرض الكمية المقدرة فإن المحاكم المختلطة تقضى[1] بأن البائع لا يلزم بغير ما تنتجه الأرض ، بشرط أن يثبت أنها لم تنتج غير الكمية التى أنتجتها وأنه عمل كل ما فى وسعه لنجاح المحصول أو لم يكن فى وسعه زيادة إنتاجها ، وبشرط أن يخطر المشترى فى الوقت المناسب وبمجرد علمه بنقص المحصول حتى يتمكن المشترى من تغطية نفسه أى تكملة الكمية التى يحتاج إليها من السوق أو من زارع آخر .

وكذلك لا حاجة للوزن أو العدد أو القياس إذا تبين من ظروف العقد مقدار الكمية المطلوبة وأمكن تقديرها فيما بعد ، كأن يتفق المشترى مع البائع على أن يورد له كل الفحم أو الزيت اللازم لإدارة مصنعه أو كل البذرة اللازمة لاستخراج مقدار كذا من الكسبة أو من الزيت[2] .

(٦) يجب أن يكون المبيع مملوكا للبائع — تقضى المادة ٣٣٣/٢٦٤ م ا م ببطلان بيع ملك الغير ، الا اذا أجازه المالك الحقيقى . ولنا على هذه المادة ملاحظتان فيما يتعلق بالبيع التجارى وهما :

أولا — فيما يتعلق بالتعهد بالتوريد — لا تنطبق هذه المادة على تعهد التاجر بتوريد أشياء ، لأنها إنما تنطبق على حالة بيع شىء معين بالذات تعلق به ملك الغير . والمتعهد بالتوريد لا يتعهد بتوريد شىء معين مملوك لشخص

---

(١) س م ١٩١٨/١/١٨ ، ١٩١١/٣/٢٩ مجت م ٣٠ ص ٣٧٦ ، ٢٣ ص ٢٤٠ ، وقارن س م ١٩٢٢/١/١٩ مجت م ٣٤ ص ١٢٤

(٢) انظر الهلالى بك بند ٣٠٤

معين ، وإنما يتعهد بتسليم أشياء مثلية موجودة فى السوق ويقصد شراءها منه [1] .

ثانيا — إن مجال تطبيق هذه المادة ضيق جدا فى البيوع التجارية لأن البيع التجارى لا يكون الا فى المنقولات ، وقاعدة "الحيازة فى المنقول دليل الملك" تعترضها وتشل عملها فى كل الصور الا فى حالتى السرقة والضياع ، كأن يشترى التاجر من البائع شيئا مسروقا أو ضائعا . اذ فى هاتين الحالتين يجوز للمالك استرداد ملكه من المشترى فى مقابل رد مادفعه التاجر من الثمن الى البائع اذا كان التاجر حسن النية ، وبدون مقابل اذا كان سيئ النية ١١٦/٧١ م ا م . والغالب فى التاجر أن يشترى مايحتاجه من السوق العام ، ولذلك يندر أيضا أن ينجح المالك الحقيق فى ابطال البيع واسترداد ملكه بدون أن يدفع الى التاجر الثمن الذى دفعه هذا الى البائع .

(د) الثمن

١٦٨ — يجب فى الثمن أن يكون متفقا عليه وقت العقد لأنه من أركانه فاذا أجل الاتفاق على الثمن الى وقت آخر أو لم يتفق على ثمن كان العقد باطلا لانعدام ركن من أركانه . ولكن ليس من الضرورى تحديد الثمن وقت العقد بل يصح الاتفاق على تحديده فيما بعد ، كما يصح ترك تحديده لشخص آخر غير البائع والمشترى ويلتزم كل منهما بقبول الثمن الذى يحدده الشخص المتفق على ترك تحديد الثمن إليه . ويجب فى الثمن أن يكون مبلغا من النقود ، فان كان شيئا آخر كان العقد مقايضة لا بيعا . وكذلك يعتبر مقايضة اذا كان الثمن بعضه نقودا وبعضه شيئا آخر ، وعلى الخصوص اذا كان مقدار النقد المعطى قليلا جدا بالنسبة للبدل . ويجب فى الثمن فوق ذلك أن يكون حقيقيا ،

(1) تالير وبرسيرو بند ١٠٠٧ ص ٦١٨ وزارن سم ١٠/٢/١٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ١٦٩ وكان بخصوص بيع بضائع آجلة .

لا تافها ولا صوريا لاعطاء العقد صورة عقد بيع في حين أنه في الواقع هبة مستترة . على أنه لا يشترط في الثمن أن يكون معادلا لقيمة المبيع في السوق[1]. ولذلك لا تقبل دعوى الغبن من البائع ولو نقص الثمن عن القيمة الحقيقية نقصا فاحشا . لأن المشرع المصرى لم يجز دعوى الغبن بل أجاز دعوى تكملة الثمن في حالة بيع عقار القاصر (٢٣٦/١٩ ٤١٩م ا م). وهى حالة لا ترد في البيع التجارى بغبن فاحش أى بما ينقص عن قيمته بأكثر من خمسها .

ويلاحظ أن القواعد المتقدمة فيما عدا حالة الغبن تسرى على البيع التجارى كما تسرى على البيع المدنى، إلا أن العادة جرت بأن يدفع الثمن أوراقا تجارية، كأن يسحب البائع على المشترى كمبيالة بالثمن وكأن يحرر التاجر سندا للبائع بالثمن أو يعطيه تحويلا على بنك. وهذه الأوراق تحل محل النقود في التجارة . ويلاحظ أن القواعد الخاصة بصورية الثمن أو تفاهته تظهر أهميتها كثيرا في حالة البيوع التى تحصل من التاجر المفلس في فترة الشك لأنها تعتبر قرينة قوية على أنه يقصد التبرع لا البيع فيبطل البيع على اعتبار أنه هبة مستترة .

٣ — الوعد بالبيع والشراء وتعليق البيع على شرط وإضافته إلى أجل

أولا — الوعد بالبيع أو بالشراء أو بهما معا

١٦٩ — لم يتعرض المشرع المصرى للوعد بالبيع أو بالشراء أو بهما معا . ولكن الشراح والمحاكم[2] يجمعون على أن الوعد بالبيع من جانب البائع

---

(١) س م ١٨/٤/١٩٢٤ مج ت م ٢٩ ص ١٨٧

(٢) جرانمولان بند ٢٥ — و٢٢ عيسى باشا بند ١٥٩٠ وفتحى باشا ص ٢٣٢ والهلالى بك بند ١٩٤ ، س م ١/٥/١٩٢٣ مج ت م ٣٥ ص ٤١٢ وقارن س م ٢٦/٤/١٩٢١ مج ت م ٣٣ ص ٢٨٨ والهلالى بك ١٨٣

وحده يعتبر صحيحا وملزما له ولا يعتبر من قبيل تعليق التعهد على شرط إرادى . ولذلك اذا استعمل المشترى حقه فى قبول الشراء تم البيع من وقت القبول لا قبله . ويترتب على ذلك أن المبيع اذا هلك(١) قبل أن يقرر المشترى الشراء لم ينعقد البيع لانعدام المبيع. وكذلك يعتبر وعد المشترى بالشراء ملزما له ويتم إذا قبل البائع البيع . وبما أن العقد لا يتم الا بعد أن يقبل البائع البيع ، فلذلك اذا باع البائع لشخص آخر ما وعد المشترى بشرائه كان هذا البيع صحيحا ، لأن الوعد كان من جانب المشترى وحده ، وبيع البائع ما تعهد المشترى بشرائه يعتبر دليلا قاطعا على أنه لا يقبل البيع له .

واذا كان الوعد من جانب البائع فان الشيء يبقى فى ملكه وله حق التصرف فيه الى أن يقبل المشترى الشراء . ولا يكون للمشترى حق طلب التعويض عما يصيبه من الضرر بسبب إخلال البائع بوعده الملزم له بتصرفه فى المبيع . ومع ذلك يجوز للمشترى ابطال البيع الثانى اذا تبين أن البائع كان متواطئا(٢) مع المشترى الثانى على تضييع الصفقة عليه . ويلاحظ أن الوعد بالبيع أو بالشراء لا يقيد الواعد الى الأبد بل يقيده مدة الأجل المضروب فقط(٣) أو المدة المعقولة فى نظر الطرفين وبحسب ظروف الوعد لا بحسب نظر المحكمة المجرد(٤) .

---

(١) أسيوط الجزئية ١٩٢٠/٤/١٤ مج ٢٢ نمر ٤٧

(٢) فاذا تعهد شخص بشراء مال مطروح فى المزاد فى يوم معين ثم أجل المزاد الى يوم آخر فلا يكون ملزما بالشراء فى اليوم الذى أجل اليه المزاد س م ١٩١٣/٤/١٦ مج ت م ٢٥ ص ٣٠٢

(٣) س م ١٩١٧/٤/٣ مج ت م ٢٩ ص ٣٤٣

أما الوعد بالبيع والشراء معا ، أى وعد البائع بالبيع ووعد المشترى بالشراء فى آن واحد، فيعتبر بيعا وتسرى عليه أحكام البيع[1] . وفى جميع الأحوال المتقدمة يجب أن يكون البائع والمشترى متفقين فى العقد على المبيع والثمن[2] على نحو ماتقدم عند الكلام على أركان البيع والا كان العقد باطلا . فلا يصح إذن الاتفاق على المبيع وترك الثمن بدون تحديد أو على الأقل بدون بيان وسائل تحديده فيما بعد . وكذلك يجب أن يتفقا على باقى شروط البيع التى يعتبرونها أساسية أو التى يظهر من العقد أنهم يعتبرونها كذلك .

ثانيا — التعليق على شرط والاضافة الى أجل

١٦٩ مكرر — يجوز فى البيع كما يجوز فى كل العقود تعليقه على شرط موقف . وحينئذ لا تترتب عليه أحكام البيع بمجرد عقده بل من يوم تحقق الشرط . على أن الشرط اذا تحقق كان له أثر رجعى فيعتبر البيع موجودا من يوم العقد وتنفذ أحكامه من ذلك التاريخ أيضا . ومثال هذا فى البيوع التجارية البيع بشرط وصول السفينة سالمة .

ويصح تعليقه وعلى شرط فاسخ . وفى هذه الحالة ينفذ البيع من وقت العقد وتترتب عليه كل أحكامه ، إلا أنها تبطل ويعتبر البيع كأنه لم يكن اذا تحقق الشرط . وهذا يحصل كثيرا فى البيع الوفائى .

ويجوز فى البيع تأجيل أحكامه كلها الى أجل فلا تنتقل الملكية ولا يلزم البائع بتسليم المبيع ولا المشترى بدفع الثمن الا عند حلول الأجل ، ويجوز تأجيل بعض آثاره ، كتأجيل تسليم المبيع كما يحصل فى التعهد بالتوريد مثلا ، أو تأجيل دفع الثمن الى ميعاد معين ، أو دفعه على أقساط بفائدة أو بدون فائدة . وفى هذه

---

(١) س م ١٩٢٨/٢/٢١ مج ت م ٤٠ ص ٢١٠ وانظر المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى ، وقارن س م ١٩٢٨/٢/٧ مج ت م ٤٠ ص ١٨٦

(٢) قارن س م ١٩١٣/٣/١٨ مج ت م ٢٥ ص ٢٣٥ وانظر بلانيول ٢ بند ١٤٠٩

الحالة لا تسقط الفائدة بعدم المطالبة بها لمدة خمس سنوات حتى ولو كانت تدفع دوريا ، بل تسرى عليها المدة المقررة لسقوط الثمن نفسه لأنها تعتبر جزءا منه . وقد نص المشرع على جواز تعليق البيع على شرط أو إضافته الى أجل فى المادة ٢٣٦/٣٠٤ م أم (وانظر أيضا المادة ٢٦٧/٣٣٧ م ا م) . وأحكام هذه المواد تسرى فى البيوع التجارية كما تسرى فى البيوع المدنية بلا فرق . على أننا نلاحظ أن التعليق على الشرط كثير فى البيوع التجارية كالبيع بشرط التجربة أو المذاق أو بشرط وصول السفينة سالمة وغير ذلك من الشروط التى يكثر استعمالها فى التجارة كما سنرى عند الكلام على أنواع البيوع التجارية .

٤ — آثار البيع

١٧٠ — يترتب على البيع ثلاثة آثار مهمة وهى : أولا — انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشترى ، ثانيا — ضمان البائع هلاك المبيع الى حين تسليمه للمشترى ، ثالثا — واجبات متبادلة تقع على عاتق كل من البائع والمشترى وحقوق لكل منهما قبل الآخر :

أولا — انتقال الملكية

١٧١ — المبيع إما أن يكون عينا معينة بالذات كأن يكون شيئا من القيميات، و إما أن يكون معينا بنوعه فقط كأن يكون من المثليات . وهاك شرح كل من هذه الحالات :

(١) المبيع معين بالذات — نصت على حكم هذه الحالة المادة ٢٦٧/٣٣٧ م أم فقالت بأنه "إذا كان المبيع عينا معينة تنتقل ملكيته للمشترى .ولو كان تسليمه مؤجلا فى عقد البيع لأجل معلوم" . وعلى ذلك يعتبر المشترى مالكا للبيع من وقت العقد ولو لم يستلمه بالفعل ، و يكون له حق التصرف فيه ولو كان تسليمه مؤجلا طبقا لنص العقد . و يخرج المبيع من وقت العقد من الضمان العام الذى

لدائنى البائع على عموم أمواله ، ولذلك نصت المادة المتقدمة أيضا على أنه إذا أفلس البائع قبل تسليم المبيع فللمشترى الحق فى الاستيلاء عليه والاستقلال به دون دائنى البائع ولا يدخل بقيمته فى روكية التفليسة La Masse

وإذا كانت ملكية المبيع تنتقل للمشترى رغم عدم استلامه أو رغم تأجيل التسليم بحسب نص العقد فهى تنتقل أيضا رغم تأجيل دفع الثمن ، بل إنهم أجمعوا على أنها تنتقل ولو كان البائع اشترط على المشترى دفع الثمن قبل استلام المبيع[1] . وليس فى ذلك من حرج ، لأن تعهد البائع بتسليم المبيع للمشترى وتعهد هذا الأخير بدفع الثمن مسألتان مستقلتان عن مسألة انتقال الملكية . ثم إنه لا يعقل ألا يسوى بين تأجيل التسليم وبين تأجيل دفع الثمن من هذا الوجه ، لأن التعهد بالتسليم يقابله التعهد بالثمن. بل إن انتقال ملكية المبيع رغم تأجيل الثمن أولى من انتقالها رغم تأجيل التسليم ، لأن تأجيل الثمن إنما يقصد به مصلحة المشترى.

المبيع جزافا يعتبر فى حكم العين المعينة — ويعتبر المبيع جزافا فى حكم العين المعينة[2] من جهة انتقال الملكية ، ولذلك يعتبر مملوكا للمشترى من وقت العقد لا من وقت تقديره بالعد أو بالكيل أو بالوزن أو بالقياس ولا من وقت فرزه وتسليمه . وذلك لأنه وإن كان المبيع جزافا لا يقع فى الغالب إلا على المثليات التى لا تتعين إلا بتقديرها وفرزها إلا أنه يقع على جملة أو مجموع منها موجود بمكان معين أو ناتج من مصدر معين ، كبيع القطن الموجود فى شونة البائع أو فى مخزن الزارع أو الناتج من زراعته فى هذا العام أو جميع القمح الموجود فى جرنة . وبتعيين المكان أو المصدر يتعين المجموع المبيع بالذات .

---

(١) س ١٩٢٣/٥/١ محاماة ٤ نمر ٦١ ، دالوز تعليقات على المادة ١٥٨٣ مدنى فرنسى بند ٢ و ٣٠ و ٣٧

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٥٨٤ مدنى فرنسى .

(٢) المبيع معين بنوعه فقط — نصت على حكم هـذه الحالة المـادة ٢٦٨/٣٣٨ م أ م فقالت إن ملكية المبيع المعين نوعه فقط لا تنتقل إلا بتسليمه للمشترى . فاذا باع شخص مائة اردب من القمح الهندى لآخر فان هذا البيع لا ينقل للمشترى أى حق فى الملكية لأن الانسان لا يمتلك النوع بل يمتلك كمية معينـة أو عددا معينا منه . ولذلك يبقى البـائع مالكا الى أن تتعين الكمية المبيعة أو العدد المبيع . وهذا التعيين يحصل فى العادة بتسليم المقدار المتفق عليه للمشترى . ومن هـذا الوقت فقط أى من وقت التسليم يعتبر المشترى مالكا للمبيع فلا يجوز للمشترى الذى لم يتسلم مقدارا من القطن باعه له زارع أن يدعى ملكية شىء من القطن[1] الناتج من أرض الزارع ما لم يستلمه .

وقد قلنـا إن التعيين يحصـل فى العادة بالتسليم . ولكن ذلك لا يمنع من أن التعيين قد يحصـل قبل التسليم[2] بالفرز أى بالتجنيب والافـراد Individualisation ، كأن تعبأ الكمية المبيعة فى أكياس أو زكائب أو فى صناديق وتوضع على حدة فى انتظار التسليم ، وعلى الخصوص إذا وضع المشترى عليها إشارته أو علامتـه أو اسمه ، أو كأن تشحن فى مركب أو فى عربة . وفى هذه الأحوال ما دام المبيع قد تعين فتنتقل الملكية رغم عدم التسليم ورغم كون المـادة قالت إن الملكية لا تنتقل الا بالتسليم ، اذ يجب حملها على أنها قصدت التعيين حين عبرت بالغالب فى كيفية حصوله .

ولهذه القاعدة شأن كبير فى البيوع التجارية لأنها كما عرفنا أكثر ما تقع على المثليات . وكثيرا ما تتأثر هذه القاعدة فى تطبيقها ، سواء من جهة كيفية

(١) س م ١٨٩٩/١٢/٢٠ مج ت م ١٢ ص ٤٦

(٢) تالير وبرسيرو بند ١٠٠٩ — ١٠١٠

تعيين المبيع أو إفراده أو من جهة مكان ووقت انتقال الملكية فيه الى المشترى ، بالعادات التجارية ، وعلى الخصوص بالعادات الخاصة بالتجارة البحرية فى البيوع التى تقتضى سفر البضاعة من جهة الى أخرى بطريق البحر .

ونكتفى هنا بايراد المثلين الآتيين ونحيل فى الزيادة أو التفصيل على ما سنقوله عند الكلام على أنواع البيوع التجارية . والمثل الأول بيع التجربة الذى لا يكفى فيه لانتقال الملكية تعيين المبيع أو إفراده بل ولا تسليمه فعلا ، بل يشترط لانتقالها قيام المشترى بتجربته وموافقته عليه فى مدة معقولة من يوم استلامه[1] (المادة ٣٠٨/٢٤٢ م ا م) . والمثل الثانى البيع بسفينة معينة الذى لا يكفى فيه لانتقال الملكية تعيين البضاعة بتعيين السفينة التى ستنقل عليها بل لابد من وصولها سالمة لكى ينفذ العقد . والواقع أن البيع فى المثلين المذكورين يعتبر كأنه معلق على شرط توقيفى ، فاذا لم يتحقق الشرط لم ينفذ العقد ويعتبر كأن لم يكن ولا يكلف البائع بتسليم بضاعة أخرى من الصنف أو النوع المتفق عليه[2] اذ لا يوجد عقد .

بيع الديون ومجرد الحقوق — تباع الديون التجارية بطريق الحوالة كما تباع الديون المدنية فيكفى فى المختلط لانتقال الملكية فيها بين الطرفين اتفاق البائع (المحيل) والمشترى (المحال) . ويشترط لكى تسرى الحوالة على غير الطرفين رضا المدين (المحال عليه) بها فى الأهلى أو اعلانه بها فى المختلط . ولا فرق فى الحوالة بين الديون التجارية والمدنية إلا أن الحوالة التجارية يصح فيها إثبات رضا المدين فى الأهلى أو إعلانه فى المختلط بالدفاتر التجارية أو بغيرها من طرق الاثبات فى المواد التجارية (٤٣٧ م م) بالنسبة لغير المتعاقدين

---

(١) س م ١٩٠٠/٦/٧ مج ت م ١٢ ص ٣٠٣ وانظر دى هلتس ٤ بيع بند ١٢٤ وجرانمولان بند ١٩٤

(٢) تالير وبرسيرو بند ١٠٢٣ ص ٦٢٥

ومن باب أولى بالنسـبة لها . ومع ذلك فالديون الثابتة بالأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات تحول بشكل خاص بها وهو إما التظهير Endossement اذا كانت تلك الأوراق إذنية أو المناولة باليد Tradition إذا كانت لحاملها أو بقيدها فى الدفاتر Transfer aux régistres إن كانت اسمية كالأسهم . وكلاهما ناقل لملكية الورقة أو للدين الثابت بها بالنسبة للتعاقدين ولغيرهم .

١٧٢ — هل ينقل البيع ملكية المبيع بالنسبة لغير المتعاقدين ؟ — عرفنا فى الجملة السابقة أن ملكية الديون التجارية تنتقل بالتحويل أو بالتظهير بالشروط التى ذكرناها . ونود أن نعرف هنا هل تنتقل ملكية المبيع من الأشياء المادية بالنسـبة للتعاقدين وغيرهما بمجرد البيع ؟ لانزاع فى أن الملكية تنتقل بمجرد العقد لا بالنسبة للتعاقدين فقط ، بل بالنسبة لخلفائهما أيضا كالوارث أو الدائن العادى . ولذلك يمكن لوارث المشترى أو دائنه أن يتمسك قبل البـائع أو دائنه أو وارثه بانتقال ملكية المبيع . وقد نص القـانون على ذلك صراحة فى المـادة ٢٦٦/٣٣٦ م ا م وأعطانا مثـلا عمليا فى المـادة ٢٦٧/٣٣٧ م ا م التى قرر فيها أنه إذا أفلس البائع قبـل التسليم فللمشـترى (ويمكنك أن تضيف هنا أو وارثه أو دائنه) الحق فى الاستيلاء على المبيع دون دائنى المفلس .

أما بالنسبة لغير المتعاقدين فالمسألة فى الواقع لا تظهر أهميتها إلا فى حالة ما إذا باع البـائع المبيع مرة أخرى لمشتر ثان وتنـازع المشترى الأول مع المشترى الثانى على أيهما أحق بملكيته. وهذا فرض يندر أن يدعو إلى صعوبة كبيرة فى البيوع التجارية لسببين وهما : أولا — أن معظم هذه البيوع تقع فى المثليات أى على بضائع معينة بالنوع فقط ولا يتعلق بها ملك المشترى إلا بتعيينها . وتعيينها يكون فى الغالب بتسليمها . وما دام المشترى لا يعتبر قبل التعيين أو التسليم مالكا للبيع لأنه معين بنوعه فقط والنوع لا يملك ، فلذلك

يكون البائع حراً فى أن يبيع البضاعة التى انصرف ذهنه فى وقت العقد إلى تسليمها على شرط أن يقدم للمشترى عند التسليم بضاعة أخرى تماثلها دون أن يكون للمشترى أى وجه فى الاعتراض . ثانيا — حتى فى البيوع التى تقع على شيء من القيميات معين بذاته يصعب على المشترى الأول أن يتغلب على المشترى الثانى الذى كثيرا ما يحتمى بقاعدة أن الحيازة فى المنقول دليل الملك . ومع ذلك فقاعدة الحيازة دليل الملك لا تفيد المشترى الثانى فى كل الأحوال . لأنها لا تفيده إلا إذا كان استلم المبيع فعلا وكان حسن النية كأن كان لا يعلم بسبق بيعه للمشترى الأول . أما إذا كان لم يستلم المبيع فعلا أو كان استلمه ولكن بسوء نية فهذه القاعدة لا تفيده . وتظهر أهمية البحث فيما إذا كان البيع ينقل ملكية المبيع للمشترى بالنسبة لغير المتعاقدين فاذا كان الجواب بالايجاب فضل المشترى الأول .

والرأى المعول عليه فى هذا الموضوع أن بيع المنقولات يترتب عليه نقل ملكيتها للمشترى سواء بالنسبة للبائع أو لغيره من الناس . وذلك لأنه ما دامت الملكية تثبت للمشترى بالعقد والملكية بطبيعتها حق عينى فالنتيجة أن هذا الحق يثبت بصفة مطلقة قبل جميع الناس، إذ لا يمكن أن يعتبر الانسان مالكا لشيء بالنسبة لشخص وغير مالك له بالنسبة لشخص آخر . وعلى ذلك إذا باع الشخص شيئا معينا لشخصين على التوالى ولم يسلمه لأحدهما فالمشترى الأول أحق باستلامه لأنه امتلكه بعقده . أما المشترى الثانى فلم يمتلكه بعقده لأن البائع أصبح غير مالك له بمجرد البيع الأول، وبيعه فى المرة الثانية يعتبر بيعا لملك الغير ويقع باطلا . وكذلك يفضل المشترى الأول على المشترى الثانى اذا كان هذا الأخير قد استلمه بسوء نية مع علمه بالبيع الأول لنفس السبب. فيجوز للمشترى الأول استرداده من المشترى

الثانى ولا يكلف برد ما دفعه هذا الأخير للبائع . وإنما فضلنا المشترى الثانى فى حالة استلامه المبيع بحسن نية احتراما لقاعدة "الحيازة فى المنقول دليل الملك" التى تقررت لحماية الثقة فى المعاملات التجارية ومنع المفاجآت التى قد يتعرض لها التجار إذا سمح للغير أن يدعى ملكية ما يشترونه بحسن نية من البضائع من واضع اليد عليها أى المالك الظاهر لها[1] .

ثانيا — ضمان هلاك المبيع

Question des risques

١٧٣ — الغرض هنا هو هلاك المبيع بعد البيع وقبل تسليمه للمشترى، لأنه لو هلك قبل عقد البيع أو فى أثنائه لم ينعقد البيع لانعدام المحل . ولو هلك بعد تسليمه للمشترى يكون العقد قد نفذ وانتهت مهمة البائع وانقطعت صلته بالمبيع فيهلك على المشترى كأى شىء آخر من ملكه اذا هلك . والقاعدة العامة فى الهلاك أن الشىء يهلك على ملك صاحبه .Resperit domino . وقد طبقها المشرع الفرنسى فى الحالة التى أمامنا فقضى بأنه اذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم فانه يهلك على المشترى لأنه مملوك له من وقت العقد ولذلك يجب عليه دفع الثمن وإن لم يستلم المبيع لهلاكه (١٥٨٦ م ف) . ومعنى ذلك أن المشرع الفرنسى يجعل الملكية والهلاك متلازمين[2] ، ولذلك لا ينطبق هذا الحكم إلا فى الأشياء المعينة بالذات وما يدخل فى حكمها كالمبيع جزافا . أما فى حالة الأشياء المعينة بالنوع[3] كالمثليات فان ملكيتها لما كانت

(١) راجع فى هذا الموضوع على العموم والتون ٢ ص ٤٣ — ٤٥ ، أوبرى ورو بند ٣٤٧ ص ٢٧٠ وتعليقات دالوز على المادة ١٥٨٣ م ف .

(٢) تالير و برسيرو بند ١٠٠٨

(٣) المرجع السابق بند ١٠٠٩ — ١٠١٠

لا تنتقل إلا بالتسليم أو التعيين فلذلك لا يقع هلاكها على المشترى إلا من وقت استلامها ، أو على الأكثر من وقت تعيينها ، كما لو فرزت أو أفردت وجنبت بتعبئتها أو وضع علامة المشترى عليها فى حضور البائع أو نزع علامة البائع عنها فى حضور المشترى. وقبل ذلك يكون هلاكها على البائع ، وبعده يكون على المشترى ويلتزم بالثمن تبعا لما إذا كان الهلاك عليه أم لا .

١٧٣ مكرر — حكم الهلاك فى القانون المصرى — حكم القانون المصرى فى هلاك المبيع بعد البيع وقبل التسليم يخالف حكم القانون الفرنسى فى حالة كون البيع عينا معينة بالذات ويتفق معه فى حالة كونه معينا بالنوع .

ففى حالة كون المبيع معينا بذاته يكون هلاكه على البائع اذا هلك بعد العقد وقبل التسليم (٢٩٧/٣٧١ م ا م) . أى أن المشرع المصرى لا يجعل الهلاك والملكية متلازمين فى هذه الحالة ، فالملكية للمشترى من وقت العقد ولكن البائع يضمن للمشترى سلامة المبيع الى أن يسلمه له فاذا هلك وقع الهلاك عليه ولم يجز له مطالبة المشترى بالثمن . وهذه القاعدة مطابقة لحكم هلاك المبيع فى الشريعة الاسلامية(١) التى تقضى بأن البائع ضامن للمبيع بالثمن الى أن يسلمه للمشترى ، وهى أيضا مطابقة للقوانين الحديثة كالقانون الألمانى والانكليزى والنمساوى . وهى أيضا مطابقة لآراء الكتاب الفرنسيين الذين ينتقدون المشرع الفرنسى فى جعله الهلاك على المشترى فى هذه الحالة لأنه بذلك يظلمه ظلما كبيرا لكونه يفقد المبيع ويخسر الثمن معا ، ولأن حكمه

(١) لا أتعرض هنا لما إذا كان القانون المصرى نقل حكم الهلاك فى هذه الحالة عن الشريعة الاسلامية وأنها أصل له كما يقول عدد كبير من الشراح (هالتون ٢ ص ٢٧ ، عيسى باشا بند ١١٨٦ وملش وفال بند ٧٨٤ ص ٧٢٤) أو أنها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى فسخ الالتزامات اللازمة من الجانبين أو المتبادلة كما يقول عدد آخر منهم (الهلالى بك بند ٤٨٠ وفتحى زغلول باشا ص ٢١٥ — ٢١٦) .

مخالف للقاعدة العامة فى التعهدات اللازمة من الجانبين أى المتبادلة تلك القاعدة التى تقضى بأن فسخ التعهد لعدم إمكان الوفاء يترتب عليه فسخ كافة التعهدات المتعلقة به (١٧٧ — ١٧٨/٢٤٠ — ٢٤١ م ا م) .

أما فى الأشياء المعينة بنوعها فقط فيتفق حكم القانونان الفرنسى والمصرى إذ تبقى فى ضمان البائع إلى أن يحصل تعينها وهو فى الغالب يحصل بالتسليم، وقد يحصل قبله كما لو فرزت وجنبت وأبقيت فى يد البائع مؤقتا وهو نادر . وعلى كل حال فانها إذا هلكت قبل التسليم فهلاكها على البائع فى القانون المصرى سواء أكانت تعينت قبله أم لا .

هلاك المبيع جزافا والمبيع بالتقدير فى القانون المصرى — ومن الأشياء المعينة بنوعها فقط المثليات كالبضائع التى تقدر بالوزن أو بالكيل أو بالقياس أو بالعد . وهذه قد تباع جزافا أى جملة بسعر محدد أو بسعر الوحدة . وقد يباع منها مقـدار محدد بالوزن أو بالكيل الخ . وقد نص المشرع المصرى فى المـادة ٣٠٦/٢٤٠ م ا م على أن البيع اذا كان جزافا يعتبر تاما ولو لم يحصل وزن أو كيل الخ . ونص فى المـادة ٣٠٧/٢٤١ م ا م على أنه اذا كان البيع بالوزن أو الكيل الخ فانه لا يعتبر تاما بمعنى أن البضائع تبقى فى ضمان البائع الى أن توزن أو تكال الخ . واذا وقفنا عند هذا الحد وأخذنا ألفاظ هذه المواد على ظاهرها وجدنا أنها لاتضيف شيئا الى ماتقدم لنا فى قواعد الهلاك؛ لأن المشرع فى المـادة ٣٠٦/٢٤٠ م ا م لم يتعرض إلا لبيان وقت انتقال الملكية فى حالة البيع جزافا وكان هذا قصده بقوله "يعتبر تاما" لنفى شبهة عدم انتقال الملكية فى البيع الجزاف إلا بحصول الوزن أو الكيل الخ . أما تفسيره عبارة "عدم" تمام البيع فى المـادة ٣٠٧/٢٤١ م ا م فى حالة البيع بالتقدير بأن الغرض منها أن يكون الهلاك على البائع والملكية له الى أن يحصل الوزن أو

الكيل الخ فلم تغير شيئا من قاعدة كون الهلاك على البائع الى وقت التسليم فى الأشياء المعينة بالنوع فقط ، لأن الوزن أو الكيل الخ لا يحصل عادة أى فى الغالب إلا عند الاستلام .

ولكن شراح القانون المصرى أجمعوا[١] على غير هذا الرأى، اذ قرروا أن المشرع قصد من مجموع المادتين المذكورتين جعل الهلاك على المشترى من يوم العقد فى المبيع جزافا ومن يوم الوزن أو الكيل فى المبيع بالتقدير ولو لم يحصل استلامه بالفعل . وعلى هذا الرأى يكون المشرع المصرى أراد الرجوع الى حكم القانون الفرنسى وجعل الهلاك على المشترى فى هاتين الحالتين . واعتمدوا فى رأيهم على أن المشرع لما فسر عدم تمام البيع فى حالة بيع المقدرات بأن الهلاك يكون على البائع الى وقت الوزن أو الكيل فيجب أن يكون هذا هو أيضا معنى تمام البيع من وقت العقد فى حالة البيع جزافا ، ويجب أن يكون غرضه أن يجعل الهلاك على المشترى من هذا الوقت فى البيع جزافا ومن وقت التقدير بالوزن أو الكيل الخ فى البيع بالتقدير . ولكنهم نسوا أن يبينوا العلة فى رجوع المشرع المصرى ، فى هاتين الحالتين فقط ، الى رأى المشرع الفرنسى وعدوله عن القاعدة العامة التى قررها فى الهلاك عموما والتى خالفه فيها آخذا برأى عدل تقره الشريعة الاسلامية والقوانين الحديثة ويتجه اليه فكر الكتاب .

ولذلك نستغرب هذا الرأى ونستغرب أكثر أن يكون المشرع قصد الى اختصاص المقدرات بحكم مختلف عن باقى الأشياء المعينة بنوعها فقط كما يفهم من كلام بعض الكتاب[٢] .

---

(١) جرانمولان بند ١٩٢ ، والتون ٢ ص ٤٨٢ ، فتحى باشا ص ٢١٧ ، الهلالى بك بند ٢٣١ ص ٢٣٦ ، عيسى باشا بند ١٢٠٠ — ١٢٠١

(٢) قارن بند ٤٨٢ ببند ٤٨٤ من كتاب البيع لنجيب الهلالى بك .

١٧٤ — الهلاك فى البيوع التجارية — يرى بعض الشراح[١] أن المشرع خالف القاعدة الأصلية فى الهلاك فى هذه البيوع لأنه ذكر فى المادة ٩٥/٩٤ ت ا م أن البضائع التى تخرج من مخزن البائع "يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك". وقد فهموا من هذا النص أنه يرمى الى جعل الهلاك على المشترى ما دامت القاعدة الأصلية أن الهلاك على البائع .

والواقع أن هذا الرأى لا يمكننا قبوله لأن هذه المادة لا تنصب على كل البيوع التجارية ، بل تنصب فى الغالب على البيوع التى يتوسط فى نقلها بين البائع والمشترى وكيل بالعمولة للنقل أو أمين للنقل . وهذا يحصل فى الغالب فى البيوع البحرية وفى البضائع التى تصدر من جهة الى أخرى . ويغلب فى هذه البيوع استعمال اصطلاحات جرت بها عادة التجار، ويترتب عليها تارة أن البضاعة تعتبر مسلمة فى ميناء أومحطة القيام Chez le vendeur au depart, franco à bord, Sous vergue ومثل هذه الحالة أيضا على الرأى الصحيح البيوع التى تحصل على إعتبار أن الثمن يشمل مصاريف النقل والشحن والتأمين Cif, C A F[٢]. ويترتب عليها طورا أن التسليم يعتبر غير تام الا بوصول البضاعة الى محطة الوصول Au débarquement, franco à port audestination وقد يترتب عليها أن التسليم لا يعتبر تاما الا بوضع البضاعة فى عربة السكة الحديد franco à wagon فلا يكفى وصولها الى الميناء أو المحطة[٣] .

---

(١) عيسى باشا بند ٦٢٠١ ص ٣٩٢ ، الهلالى بك بند ٤٨٥ ص ٣٠٨

(٢) راجع فى هذه الاصطلاحات تالير وبرسيرو بند ١٠١٦ — ١٠٢٢ ، وانظر شرحها فيما يلى بند ٢٠٥ وما بعده ،

(٣) س م ١٩٢٧/٣/١٦ مج ت م ٣٩ ص ٣٣٣ ؛ ١٩٢٠/٤/١٤ مج ت م ٣٢ ص ٢٧٦ ، ١٩٢٥/٥/٢٧ مج ت م ٣٧ س ٤٦٤ وانظر محكمة ليون ١٩٠٤/١٢/٢٤ سيرى ١٩٠٥/٢/٢٤٧

واذا لم يستعمل المتبايعان اصطلاحا يدل على مكان التسليم أو لم يتفقا صراحة عليه فالقواعد العامة تقضى بأن البضاعة تسلم فى محل البائع [1] (١٧٠ /٢٣٣ م ا م المقابلة لمادة ١٢٤٧ م ف) لأنها من الأشياء المعينة بالنوع .

ومن ذلك يتبين أن المادة ٩٥/٩٤ ت ا م حينما قررت أن هلاك البضاعة فى الطريق يكون على من يملكها لم تقصد أن تخالف القاعدة العامة فى هلاك المبيع حينما يكون البيع تجاريا . وإنما هى تطبيق لهذه القاعدة ، لأن البضاعة إذا كانت تسلم فى محل البائع أو ميناء القيام فهلاكها فى الطريق يحصل على المشترى بطبيعة الحال ، لأنه استلمها فعلا من وقت خروجها من مخزنه أو من وقت شحنها حسب الاتفاق. وليس فى ذلك ما يخالف القاعدة العامة فى الهلاك. وإذا كانت تسلم فى ميناء الوصول فهلاكها فى الطريق على البائع لأنه لم يسلمها بعد .

١٧٥ — حكم هلاك المبيع هلاكا جزئيا — نصت المادة ٣٣٨/٢٩٨م ا م على أنه " إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء كان المشترى مخيرا بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه" وقد اتفقوا فى تفسير هذه المادة على أن الغرض من العيب هو هلاك بعض المبيع هلاكا ماديا لا نقصان قيمته أو صنفه . ويلاحظ أن المشترى اذا

---

(١) تالير وبرسيرو بند ١٠١٦ وملش وفال بند ٧٨٥

اختار فسخ البيع وقع الهلاك على البائع ولم يلزم هو بشيء من ثمنه [١] . أما اذا اختار بقاء البيع فعليه أن يدفع كل الثمن وليس له أن يطالب بتنقيصه بنسبة النقص الحاصل فى المبيع . ويلاحظ عدم الخلط بين هـذه الحالة وبين حالة العيب الخفى الذى يكون موجودا فى المبيع وقت العقـد ولا يحدث بعده وهو ما سنتكلم عليه فيما بعد .

١٧٦ — متى يتحمل المشترى الهلاك ؟ — عرفنا فيما تقدم أن البائع هو الذى يتحمل الهلاك فى القانون المصرى. ونزيد هنا أن الهلاك يقع عليه سواء أكان سببه حادثا جبريا أو قوة قاهرة أم كان سببه من باب أولى خطأ البائع وإهماله فى المحافظة على المبيع . ولكن هناك حالات ينتقل فيها الغرم الى المشترى فيتحمل هو هلاك المبيع . وهذه الأحوال هى :

(١) إذا كان هنـاك اتفاق بين البائع والمشترى على أن يتحمل الأخير الهلاك ، إذ ليس فى ذلك ما يخالف النظام العام .

(٢) إذا كان الهلاك ناشئا من فعل المشترى نفسه أو خطئه لأن الانسان مسئول عن نتائج أعماله .

(٣) إذا كان المشترى مقصرا فى استلام المبيع بأن كان البائع دعاه لاسـتلامه بورقة رسميـة فامتنع أو تأخر حتى هلك ، أو بأن كان متفقا فى العقد على أن المشترى يعتبر فى حالة تقصير بمجرد عدم الاستلام فى الميعاد أو بأية طريقة أخرى متفق عليها (٢٧١/٢٩٧ م أ م) ، أو بأن يضع

(١) ويشترط القانون المختلط لكى يكون للمشترى حق فسخ البيع ألا يكون سبق له رهن المبيع قبل طلب الفسخ . ويرى الشراح أن يكون الحكم كذلك فى القانون الأهلى رغم أنه لم يذكر هذا الشرط . على أننا نلاحظ أن هذا ليس له قيمة عملية فى بيع المنقول وبالتالى فى البيع التجارى . لأن رهن المنقول لا يتم الا بتسليمه للمرتهن والمفروض هنا أن المشترى لم يستلم المبيع . ولذلك فهـذا الشرط تظهر أهميته فقط فى بيع العقارات والغرض منه هو حماية الدائنين المرتهنين حسنى النية .

البائع الشيء المبيع تحت تصرف المشترى فيمتنع عن استلامه (٣٤٢/٢٧١). ولكن يشترط فى هـذه الحالة الأخيرة ألا يكون هناك أجل للتسليم مقرر لمصلحة المشترى ، أما الأجل المقرر لمصلحة البائع فيمكنه أن يتنازل عنـه و يجعل المشترى فى حالة تقصير بوضع المبيع تحت تصرفه .

(٤) إذا وضع المشترى يده على المبيع قبـل دفع الثمن سواء أكان ذلك قبل الميعاد المحدد للتسليم أو بعده ، وسواء أكان باذن البائع أو بدون اذنه . فاذا هلك فى هذه الحالة وجب عليه دفع الثمن ، لأنه اذا كان وضع يده باذن البائع اعتبر ذلك رضا منـه بحصول الاستلام وتنازلا عن حق الحبس لحين دفع الثمن ، وإن كان بغير إذنه فانه حقيقة لا يعتبر استلاما ولا يمنع البـائع من استرداد المبيع لحبسه حتى يدفع اليه الثمن (٣٤٥/٢٧٤ م أ م). إلا أنه اذا هلك فى يد المشترى وجب عليه أن يدفع الثمن للبـائع لأنه مخطئ بوضع يده بدون اذن أو لأنه أصبح قابضا للكل باتلاف المبيع أو بعضه[1] .

و يلاحظ أن الهلاك يقع فى الأحوال المتقـدمة على المشترى سواء أكان الهلاك كليا أو جزئيا . ومعنى ذلك فى الهلاك الجزئى أن خياره فى فسخ البيع يسقط ولا يبقى أمامه إلا أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ، وعلى الخصوص إذا كان الهلاك بخطئه (٣٧٣/٢٩٩ م أ م) . إما اذا كان الهلاك بخطأ البائع فانه لا يفقد فقط حق مطالبة المشترى بالثمن ، بل يجب عليه أن يعوضه عما أصابه من الضرر فى حالة فسخ البيع سواء أكان الهلاك كليـا أم جزئيا. ويجوز للمشترى المطالبة بتنقيص الثمن بنسبة الهلاك إذا كان جزئيـا واختار إبقاء البيع دون فسخه (٣٧٣/٢٩٩ م أ م)[2] .

---

(١) عيسى باشا بند ١١٩٢ ص ٣٨٧

(٢) المرجع السابق ص ٣٨٦

ثالثا — واجبات وحقوق البائع والمشترى

(١) واجبات البائع والمشترى

أولا — واجبات البائع

١٧٧ — تنحصر واجبات البائع فى شيئين أساسيين وهما : (١) تسليم المبيع للشترى Délivrance, livaison ، (٢) ضمان المبيع Garantie وهو غير ضمان الهلاك الذى سبق الكلام عليه .

١ — واجب التسليم

١٧٧ مكرر — لا يتسنى للبائع أن يقوم بواجب تسليم المبيع للشترى إذا لم يحافظ عليه ويمتنع عن إحداث أى تغيير فيه لأنه يجب عليه تسليمه بالحالة التى كان عليها وقت العقد ، فاذا أهمل وترتب على ذلك هلاك المبيع فنقص مقداره فعليه تقع تبعة إهماله ويكون مسئولا عنه أمام المشترى طبقا للقواعد التى قدمناها فى البند السابق . فواجب المحافظة على المبيع ومعاينته يتفرع إذن عن واجب التسليم .

معنى التسليم [1] — هو كما يقول فقهاء الشريعة الغراء أن يخلى البائع بين المبيع والمشترى حتى يتمكن المشترى من قبضه بلا مانع ولا حائل (٣٤٠ مرشد الحيران)، أو هو كما تقول المادة ٣٤٢/٢٧١ م أم وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع . ولا فرق بين التعرفين إلا أن التعريف الشرعى أدق فى التركيب والمعنى .

(١) عيسى باشا بند ١٢١٣

ويؤخذ من هذا التعريف أنه لا يشترط لصحة التسليم أن يضع المشترى يده على المبيع أو أن يقبضه فعلا إذا كان مما يمكن قبضه ، لأن وضع اليد أو القبض عمل يتعلق بارادة المشترى ولا يمكن إرغامه عليه ، ولو جعل شرطا لصحة التسليم لعجز البائع عن الوفاء بواجبه كلما عنّ للمشترى أن يمتنع عن الاستلام ، ولذلك اكتفى المشرع بالزام البائع بفعل كل ما فى استطاعته وهو التخلى عن البيع وتمكين المشترى من وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع .

طرق التسليم — هذه بينتها المواد ٢٧٢ — ٣٤٣/٢٧٤ — ٢٤٥ م ا م ، ولكن الطرق التى ذكرتها لم ترد على سبيل الحصر بل على سبيل المثال[١] ، وقد أظهرت العادة التجارية طرقا أخرى غير ما ذكره القانون .

وطرق التسليم تختلف باختلاف جنس المبيع (٣١٣/٣٤٢/٢٧٢). ويهمنا هنا طرق التسليم فى المنقولات فقط ، لأنها موضوع البيوع التجارية. ويجوز تسليم المبيع من المنقولات إما بمناولته يدا ليد اذا كان مما يمكن قبضه أو سحبه كما لو كان ملبوسا أو مأكولا أو حيوانا ، أو بوضعه تحت تصرف المشترى وتمكينه من نقله الى الجهة التى يريدها والانتفاع به بدون حائل ، كما لو كان كمية كبيرة من البضائع . وتعتبر البضائع تحت تصرف المشترى إذا سلمت له مفاتيح المخازن التى توجد فيها ، أو إذا سمح له بوزنها أو كيلها ووضعها فى الأوعية والجوالق التى يستحضرها لتعبئتها فيها .

وفى البيوع التجارية كثيرا ما يحصل التسليم بوضع علامة المشترى أو نيشانه على المبيع بحضور البائع أو بحضور من ينوب عنه فى التسليم

---

(١) المرجع السابق ١٢١٨

كما يحصل فى بيع القطن فى بورصة مينا البصل ، أو بأن ينزع البائع علامته عن البضاعة بحضور المشترى أو من ينوب عنه . ويسمى بعضهم هـذا النوع من التسليم بالتسليم الرمزى Symbolique [١] . ويكثر أيضا فى بيع البضائع المصـدرة من جهة إلى أخرى تسليمها بتسليم المستندات الدالة على ملكيتها وعلى إرسالهـا Titres représentatifs كحافظة الشـحن Connaissement أوتذكرة النقل Lettre de voiture أو إيصاله Récépissé. و يعتبر مكان تسليم المستند هو المكان الذى سلمت فيه البضاعة ولو أنها لم تسلم حقيقة أو ماديا إلا فى مكان آخر . فلو اتفق المشـترى فى إيطاليـا مع البائع فى مصر على تسليم حافظة الشحن الى بنك فى الاسكندرية ودفع الثمن بواسطة البنك عند اسـتلام الحافظة يعتبر التسليم تاما ولو أنه لا يستلم البضاعة فعلا الا فى إيطاليا [٢] . وكذلك يكفى فى التسليم أن يعطى البائع أمرا أو سندا بالتسليم للمشترى [٣] Ordre ou bon de livraison ما دام هذا الأمر أو السند قابلا للتحويل ، وعلى الخصوص اذا جرت العادة التجارية بالاكتفاء به . وهذا يحصل غالبا عند ما تكون البضاعة تحت يد وكيل البائع أو نائبه أو فى مخزن عمومى

---

(١) س م ١٩٢٠/٣/١٧ مج ت م ٣٢ ص ٢٠٥ ، محكمة مونس بلجيكا ١٩٢٣/٥/١٤ محاماة عدد ٥ نمرة ٣٤٠ ص ٣٩٠ ، وانظر تالير وبرسيرو بند ١٠٢٥ وهو يفضـل تسمية التسليم فى هذه الحالات باسم التسليم الاتفاقى أو القانونى Juridique .

(٢) س م ١٩٢٣/١٢/٢٠ مج ت م ٣٦ ص ١٠١ وكان متفقا فيه على أن المشترى يفتح اعتمادا بالثمن فى بنك باسكندرية عند تسليم البائع المستندات للبنك .

ولكن يلاحظ أن البيع اذا حصل فى كمية من البضائع مقدرة فى العقد بوجه التقريب على أن يدفع الثمن بعد تقديرها بالوزن أو الكيل فان تسليم حافظة الشحن لا يكفى لاعتبار التسـليم تاما س م ١٩١٧/٦/١٣ مج ت م ٢٩ ص ٤٩٤

(٣) تالير وبرسيرو بند ١٠٢٩ ، دى هلتس بيع ٤ بند ١٤٤ ، س م ١٩٠٩/٣/٢٤ مج ت م ٢١ ص ٢٦٤ ، ١٩٢١/١١/٩ مج ت م ٣٤ ص ٦ الذى اعتبر سند التسليم بمثابة الحافظة .

أو فى الجمرك . إنما يلاحظ أن السند الذى لا يشتمل على تعهد من المخزن أو ممن توجد عنده البضاعة بتسليمها لحاملها لا يكفى لصحة التسليم . لأن الحكمة فى إجازة التسليم بتسليم السندات فى الأحوال السابقة هى الرغبة فى سرعة تداول البضاعة وتوفير الوقت والنفقات بحيث يمكن للمشترى أن يتصرف فيها وهى فى مكانها ، ومثله المشترى منه ، وهكذا فلا تنقل الا بواسطة المشترى الأخير الذى يريد استلامها فعلا . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان رفض المخزن تسليم البضاعة للمشترى يعتبر حائلا دون وضع يد المشترى فلا يتم التسليم . ومع ذلك إذا قبل المشترى صراحة سنداً غير قابل للتحويل أو غير موقع عليه من المخزن المكلف بالتسليم فيعتبر التسليم صحيحا ولو لم يضع يده على البضاعة بالفعل ، أو لم يتحقق من وجودها[1].

ومن هذا نأخذ أن التسليم فى البيوع التجارية يكثر ألا يكون حقيقيا أو ماديا ، بل رمزيا أو اتفاقيا كما يقول تالير . وهناك طريقة أخرى للتسليم هى التسليم الحكمى وقد ضرب له القانون مثلا بحالتين : حالة ما اذا كان المبيع وقت البيع فى يد المشترى لسبب آخر ، وحالة ما اذا اتفق البائع والمشترى على بقاء المبيع تحت يد البائع لسبب آخر فهنا يتم التسليم بمجرد الاتفاق بدون علامة محسوسة أو مظهر خارجى يدل عليه كما يقول الهلالى بك. ومثال ذلك أن يكون المبيع مودعا فى يد المشترى فيشتريه أو أن يرهن المشترى المبيع للبائع بعد البيع وقبل التسليم . فى كل من الحالتين يبقى المبيع فى اليد التى كانت عليه ، إلا أن صفة اليد تتغير فتصبح يد وديعة أو عارية اذا أبقى المبيع فى حيازة البائع بعد أن كانت يد ملك . وبالعكس تصبح يد ملك اذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع . ولكن هذه الأحوال نادرة فى البيوع التجارية ولذلك نصرف النظر عنها وعما فى حكمها .

---

(١) س م ١٩٢٧/١٢/٢١ مج ت م ٤٠ ص ٩٤

١٧٨ — مكان التسليم وزمانه — إذا كان المبيع معينا بالذات فيجب حصول التسليم فى الميعاد المتفق عليه وفى مكان وجود المبيع أو المكان الذى نص العقد على وجوده فيه ولو لم يكن موجودا فيه حقيقة (٢٧٥ — ٣٤٦/٢٧٧ — ٣٤٨ م ا م) ، فاذا لم يحصل اتفاق على ميعاد التسليم فيجب حصوله فورا مع مراعاة المدة العادية اللازمة بطبيعة الأمور لتمكين المشترى من استلام المبيع .

أما اذا كان المبيع غير معين بالذات بل بالنوع فالقواعد العامة تقضى بأن التسليم يحصل فى محل البائع أى موطنه لأنه مدين به والديون يطالب بها Quérable (٢٣٣/١٧٠ م ا م) . وهذا الحكم الأخير هو الغالب فى التجارة لأن البيع يقع فيها على بضائع معينة بالنوع . ولذلك يحصل تسليمها فى الغالب فى موطن البائع Chez le vendeur الا اذا اتفق على أن التسليم لا يتم الا عند الوصول ، أو استعمل فى العقد من الاصطلاحات ما يدل على غير ذلك كشرط التسليم بميناء الوصول أو من العربة أو عند التفريغ . ولذلك أيضا يعتبر أمين النقل نائبا أو وكيلا عن المشترى[1] فى الاستلام فيتم تسليم البضائع بمجرد شحنها ويكون خطرها فى الطريق على المشترى .

أما ميعاد التسليم فى البيوع التجارية فهو ما يتفق عليه ، وإلا وجب التسليم حالا بعد العقد. على أن للعرف التجارى الشأن الأول فى تفسير المقصود بوجوب التسليم حالا وإليه يرجع فى معرفة الزمن اللازم عقلا لامكان التسليم فى كل حالة على حدة .

---

(١) دمياط الجزئية ١٩٢٤/١١/٢٤ محاماه نمرة ٣١٠ ، س م ١٩٢٣/١٢/٢٠ مج ت م ٣٦ ص ١٠١

وتطبيقا لذلك حكمت المحاكم بأن اشتراط المشترى إرسال البضاعة بأسرع ما يمكن Expédition au plus vite possible يفسر طبقا لما يجرى به العرف البحرى فى نوع البضاعة المرسلة(١) . وحكمت أيضا بأن البائع الذى أرسل البضاعة فى الميعاد المتفق عليه لا يسأل عن التأخير الذى يحصل من المركب أثناء الطريق (٢) ، وبأنه إذا اشترط الشحن فى شهر كذا Chargement tel mois تخلو مسئولية البائع اذا شحن البضاعة قبل انتهاء الشهر ولو فى آخر يوم فيه(٣) ، ولا يسأل بعد ذلك عن كون المركب توانت فى الابحار الى أن انقضى الشهر ، وعلى الخصوص إذا كان إبطاؤها فى القيام أمرا عاديا دعت اليه ضرورة الانتظار حتى تشحن المركب بالبضائع التى تلزمها . ومع ذلك اذا أمكن للمشترى أن يثبت إهمال البائع وأنه كان فى إمكانه توقع هذا التأخير والبحث عن مركب أخرى تقوم فى الميعاد فان البائع يسأل عن التأخير فى هذه الحالة(٤) . ويسأل البائع عن التأخير اذا لم يشحن البضاعة الا بعد انقضاء الشهر أو الميعاد المحدد ، ويجوز للمشترى فسخ البيع ورفض البضاعة لأن المواعيد تجب مراعاتها بدقة فى البيوع التجارية(٥) . واذا اشترط وصول البضاعة فى ميعاد معين ومضى الميعاد قبل أن تصل البضاعة ونبه المشترى على البائع بالتسليم فلا يجوز للبائع الاحتجاج بأن المشترى كان يجب عليه أن ينبه عليه بالشحن لا بالتسليم(٦) . واذا خيره بين الشحن فى شهر كذا

---

(١) س م ١٦/١١/١٩٢١ مج ت م ٣٤ ص ١٤

(٢) س م ١٢/٤/١٩٢٢ مج ت م ٣٤ ص ٣٤٢

(٣) س م ١٦/٥/١٩٢٣ مج ت م ٣٥ ص ٤٥٢

(٤) س م ٢٥/٣/١٩٢٥ مج ت م ٣٧ ص ٣٠٠

(٥) س م ١٦/١٢/١٩٢٥ مج ت م ٣٨ ص ١٠٢

(٦) س م ١٦/٣/١٩٢٧ مج ت م ص ٣٣٠

أو التسليم فى الشهر الذى يليه ولم يشحن البائع البضاعة فى الشهر الأول فلا يبقى للبـائع خيار و يجب عليه أن يعمل على أن تصل البضاعة للشترى فى الشهر الذى يليه[1] .

١٧٩ — مايجب تسليمه؟ — نص على ذلك فى المـادة ٣٥٧/٢٨٥ م ا م التى تقضى بأن التسليم يجب أن يكون شاملا للبيع ولجميع ما يعد من ملحقاته الضرورية له حسب جنسه وقصـد المتعاقدين . والمبيع إما أن يكون عينا معينة بالذات و إما أن يكون معينا بالنوع فقط .

المبيع معين بالذات — فاذا كان معينا بالذات وجب تسليمه بذاته بالحالة التى كان عليها وقت العقد . وليس له تسليم غيره ولو كان من جنسه ونوعه ، ومن باب أولى اذا كان من القيميات التى تتفاوت آحادها ولا يقوم أحدها مقام الآخر . فاذا وقع البيع على ساعة رآها المشترى واختارها أو على فرس كانت مقصودة بذاتها للشـترى وقت العقد وجب تسـليم نفس الساعة أو نفس الفرس .

المبيع معين بالنوع فقط — هذا هو الغالب فى البيوع التجارية . وهذه الحالة تحتمل على الأقل فرضين ، لأن المشترى إما أن يكتفى ببيان نوع البضاعة المطلوبة ومقدارها دون تحديد الصنف أو الرتبة أو الصفات التى يرغبها فى المبيع و إما أن يشترط صفات معينة فى المبيع .

فاذا لم يتفق على صفات معينة للبيع واكتفى ببيان النوع المطلوب ومقداره كان على البـائع أن يسلم صنفا وسطا ، أى بضاعة من الصنف التجارى

---

(١) س م ٢٩/١٢/١٩٢٠ مج ت م ٣٣ ص ١٠٨

De qualité marchande ou de recette[(1)] فلا يجبر على تسليم بضاعة من أجود صنف أو طبقة ، ولا يجوز له أن يسلم بضاعة من أردأ صنف أو أخس طبقة .

أما اذا اتفق على أوصاف معينة وجب تسليم بضاعة من نفس الصنف المتفق عليه. ولما كان التقدير يختلف باختلاف الأشخاص فقد نشأت فى التجارة عادة البيع بمقتضى عينة أو نموذج منعا للمنازعات التى قد تحصل بشأن البضاعة وصنفها وتحقيقا لسرعة إنجاز الصفقات .

المبيع بالعينة — فاذا حصل المبيع بمقتضى عينة وجب تسليمه بضاعة مطابقة للعينة ، وللمشترى أن يتمسك بذلك. على أن المشترى يجب عليه وقت الشراء أن يتأكد من أن العينة هى من نفس الصنف الذى يريد شراءه. إذ لا يسمع منه عند تسليمه بضاعة مطابقة للعينة قوله بأن البضاعة المسلمة ليست هى التى ظن فى الواقع أنه سيحصل عليها[(2)] ، أو أنه لو كان رأى البضاعة نفسها ما أقدم على الشراء . وذلك لأنه رأى العينة فاذا أخطأ فى التقدير فعليه تقع مسئولية خطئه أوجهله . أما اذا لم تطابق البضاعة المسلمة العينة التى حصل البيع على أساسها فللمشترى حق الفسخ لأن المطابقة للعينة تعتبر شرطا موقفا يترتب على عدم تحققه عدم وجود العقد ، ولذلك يجب على القاضى أن يجيب المشترى الى طلبه فسخ البيع اذا تأكد من عدم مطابقة البضاعة للعينة[(3)] وليس له أن يمتنع عن إجابة طلبه أو أن يمنحه تنقيصا من

---

(١) دالوز تعليقات على مادة ١٦١٤ بند ١٧ ، كولان وكابيتان ٢ ص ٤٥٧ وملش وفال بند ٧٨٧

(٢) س م ١٩٢٧/٦/٩ مج ت م ٣٩ ص ٥٣٨

(٣) س م ١٩٢٧/٦/٢٣ مج ت م ٣٩ ص ٥٧١ .

الثمن ، لأن مطابقة المبيع للعينة وصف للبيع والوصف لا يقابله شيء من الثمن[1] . وليس للبائع نفسه أن يطلب الحكم على المشترى بقبول التنقيص لأنه مخطئ في عدم تسليمه ما اتفق عليه[2] . ويعطى المشترى المهلة الكافية للتحقق من مطابقة البضاعة للعينة المتفق عليها فلا تسقط دعواه بعدم المطابقة بمجرد الاستلام[3] . ولذلك يكون للمشترى فى البيوع التى تعتبر البضاعة مسلمة فيها فى جهة التصدير Franco au départ أو Au bord حق معاينة البضاعة عند وصولها والتحقق من مطابقتها للعينة[4] . ولا تسقط دعواه عدم المطابقة لمجرد استلامها أو استلام المستندات الخاصة بها ولو لم يحفظ حقه صراحة فى المعارضة فيها بسبب وجود فرق فى صنفها[5] ومن باب أولى اذا حفظ حقه صراحة . ولا محل فى هذه الحالة لتطبيق نص المادة ٩٩/١٠٤ تجارى لأنها خاصة بعلاقة المشترى (المرسل اليه) بأمين النقل لا بالبائع أو المرسل للبضاعة ، كما أنه إذا احتاج الأمر الى تعيين خبير لإثبات عدم مطابقة البضاعة للعينة يجب اتباع الاجراءات العامة المقررة فى قانون المرافعات لا الاجراءات الخاصة المقررة فى قانون التجارة فى المادة ١٠١/١٠٥ ت ا م لأنها خاصة بالمنازعات بين المرسل اليه وأمين النقل .

ولكن إذا كان المشترى لا تسقط دعواه بعدم المطابقة لمجرد استلام البضاعة فيجب عليه أن يبادر فى رفع الدعوى ، لأنه إذا تأخر فى رفعها مدة طويلة ربما اعتبر تأخيره رضا بالبضاعة بحالتها التى سلمت بها فتسقط

---

(١) الشيخ أبو الفتح المعاملات الشرعية ٢

(٢) س م ١٩١٣/٥/٢٨ مج ت م ٢٥ ص ٤٠٥

(٣) عيسى باشا ص ٤٢٨

(٤) س م ١٩٢٠/١/٢١ مج ت م ٣٢ ص ١٣٥

(٥) س م ١٨٩٩/٥/١٨ مج ت م ١١ ص ٢٣١

دعواه . وتسقط دعواه أيضا اذا قبل البضاعة صراحة أو تصرف فيها بما يدل على الرضا سواء باستعمالها أو ببيعها[١] .

المبيع بالنموذج — أما إذا كان البيع بمقتضى نموذج فهو أيضا نوع من البيع بالعينة، ويسرى عليه ما تقدم من الأحكام من جهة وجوب مطابقة البضاعة للنموذج . وإنما يختلف عنه فى أن البضاعة تعتبر مطابقة للنموذج إذا كانت فى مجموعها متفقة معه فى العناصر الأساسية التى تتكون منها بغض النظر عن الفوارق التى قد توجد بين كل قسم منها والآخر، أى يكفى أن تكون من الصنف الذى يجعلها فى رتبة النموذج . وإذا كانت هذه الفوارق لا تجعل البضاعة غير صالحة للاستعمال الذى أعدت له فلا يجوز للمشترى الامتناع عن الاستلام وإنما يكون له فقط الحق فى تخفيض الثمن[٢] . فاذا اختلفت رتبة بعض اللوتات المبيعة من القطن السكلاريدس لم يكن للمشترى حق الفسخ بل له حق تخفيض الثمن فقط إذا قلت الرتبة عن رتبة النموذج . ولكن إذا اختلف الصنف بأن كان المسلم من صنف الأشمونى جاز له الفسخ .

المقدار الواجب تسليمه — يجب على البائع أن يسلم المبيع كاملا بمقداره المتفق عليه فى عقد البيع وزنا أو كيلا أو عددا أو قياسا (٢٩٠/٣٦٣ م ا م). ولا تثير هذه القاعدة صعوبة خاصة فى البيع جزافا وبالثمن المحدد للجملة لأن المبيع فيه يعتبر كأنه شىء معين بالذات . ولذلك إذا باع شخص كل ما فى مخزنه من القطن بثمن إجمالى قدره ١٠٠٠ جنيه مثلا فلا يكون للمشترى غير ما يوجد بالمخزن من القطن ولو ظهر عند تسليمه أنه أقل بكثير مما توهم ، كما أنه ليس للبائع غير الثمن المتفق عليه ولو ظهر أن القطن الموجود جاء أكثر مما

---

(١) س ١٩٠٩/٣/٢٧ الاستقلال ٧ ص ٣٣، ٣٤

(٢) س م ١٩٠٩/٢/٣ مجـتم ٢١ ص ١٥٣ ، وانظر عيسى باشا بند ١٨٧٠

كان يعتقد . ولكن هذه القاعدة تثير بعض الصعوبات فيما إذا بيعت جملة من المثليات مقدرة فى العقد بسعر الوحدة ثم ظهر عنـد التسليم أنها تقل أو تزيد عما قدرت به. وقد وضع القانون لهذه الحالة أحكاما خاصة (٢٩١— ٣٦٤/٢٩٢ — ٣٦٦ م ا م) تتلخص فى وجوب التفريق بين ما إذا كان المبيع مما يقوم بعضه مقام بعض ولا يضره التقسيم ، وبين ما إذا كان يضره التقسـيم .

ففى الحالة الأولى يكون للمشترى إما (١) حق تنقيص الثمن بنسبة العجز، لأن الاتفاق على سعر الوحدة دليل على رغبة المتعاقدين فى جعل الثمن أجزاء متقابلة مع أجزاء المبيع وأنه يزيد أو ينقص تبعا له ، وإما (٢) حق فسخ البيع لعدم تفريق الصفقة عليه . ولكن حق الفسخ مقصور على حالة ما إذا كان العجز زائداً عن نصف عشر الثمن ، خلافا لحق تنقيص الثمن فانه ثابت مهما قلت قيمة العجز. وأما إذا زادت كمية المبيع عما قدرت به فى العقد فالزيادة يأخذها البائع ولا تقابلها زيادة فى الثمن على المشترى أى لا يجبر المشترى على أخذها بثمنها . وليس للبائع أن يتضرر من تفريق الصفقة عليـه لأنه رضى ببيع مقدار أقل .

وفى الحالة الثانية وهى حالة ما إذا كان المبيع يضره التقسيم كما لو اشترى حيوانا قائما بالوزن أو ثوبا بالقياس وظهر أنه أزيد أو أقل من المقدار المتفق عليه فاما (١) أن يحـدد السعر باعتبار الوحدة أى باعتبار الرطل أو الذراع وهكذا. وفى هذه الحالة يكون للمشترى خيار فسخ البيع أو أخذ كل المبيع مع دفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقى زيادة أو نقصا. على أن حقه فى الفسخ لا يثبت إلا إذا كانت قيمة العجز أو الزيادة فى المبيع تزيد على نصف عشر الثمن . وإما (٢) أن يحدد الثمن بسعر الجملة . وفى هذه الحالة يكون للمشترى خيار

فسخ البيع أو أخذ المبيع كله بالثمن المتفق عليه دون نقص ، كما أن البائع لا يجوز له طلب زيادة الثمن إذا زاد المبيع عن المقدر فى العقد .

سقوط دعوى العجز أو الزيادة — تسقط دعوى المشترى بطلب فسخ البيع أو تنقيص الثمن فى الأحوال المتقدمة ، كما تسقط دعوى البائع بطلب زيادة الثمن حينما يكون له ذلك بمضى سنة من تاريخ العقد (٢٩٦/٣٧٠م ا م) .

• استنزال مقادير الأوعية والظروف — يتبع عرف التجارة فيما يتعلق باستنزال مقادير ظروف البضائع وأوعيتها من المقدار الذى حصل تسليمه . وقد صدر فى فرنسا قانون فى سنة ١٨٦٦ دونت فيه العادات التجارية الخاصة بنسبة ما يستنزل من الأوعية والظروف فى البضائع المختلفة . ومن أهم ما دون به العادات الخاصة بالوزن الصافى Net والخام Brut والحزم الداخلى Emballage interieure وغير ذلك[1] . وليس فى مصر قانون مثل هذا القانون والمعول فى كل ذلك على العرف المحلى .

ملحقات المبيع وزوائده ومصاريف التسليم — الملحقات — يجب على البائع أن يسلم للمشترى جميع الملحقات الضرورية للبيع. وهذه يحددها العرف المحلى وجنس المبيع ونية المتعاقدين أو القانون . ومثالها رسن الدابة وخطام الناقة الذى تقاد به[2] وسرج الحصان وإكاف الحمار إن كان عليه وقت العقد[3] ومثالها أيضا (الأكر) وغيرها من القطع التى تلزم للانتفاع بالأسرة المصنوعة

(١) تالير بند ١٥٠١

(٢) عيسى باشا بند ١٣٠٤

(٣) الهلالى بك بند ٥٦٧ وعكسه عيسى باشا الذى يقول بأنها لا تدخل فى المبيع إلا بالشرط لعدم العرف فاذا وجد عرف اتبع .

من النحاس[١] ومثالها أيضا فى رأى البعض[٢] قسائم (كوبونات) أرباح السندات والأسهم المالية اذا استحقت بعد البيع ولو بيوم واحد وقبل التسليم . ونرى الأولى اعتبار الأرباح نفسها من الزوائد التى تستجد فى المبيع بعد البيع لا من ملحقاته الضرورية له أما القسائم فليست إلا وسيلة الحصول عليها . ويعتبرون أيضا من ملحقات المبيع كل ما يدخل فى بيع المحل التجارى من الخزانات والدواليب وغير ذلك[٣] .

الزوائد — ويجب على البائع أن يسلم أيضا للمشترى جميع الزوائد التى تحصل فى المبيع بعد البيع وقبل التسليم . ويجب عدم الخلط بينها وبين زيادة مقداره عما كان مقدرا فى العقد، وهى الحالة التى تكلمنا عليها آنفا ، فان الغرض هنا هو الزيادة الطبيعية أو العارضة التى تحصل فى المبيع كنتاج الدابة الذى تلده بعد البيع وقبل التسليم وحملها كذلك . ومن الزوائد العارضة أو غير الطبيعية أرباح الأسهم والسندات على حسب رأينا ، وكذلك أجرة المبيع اذا كان مما يؤجر . على أن هذه أحكام نادر تطبيقها فى تجارة البضائع لعدم حصول الزيادة فيها ولأنها تبقى فى الغالب فى ملك البائع الى أن تسلم .

مصاريف التسليم — لما كان التسليم من واجبات البائع كان المعقول أن يحمله بها القانون (٣٥٥/٢٨٣ م أ م) . وهى تشمل أجرة نقله الى مكان التسليم إن كان موجودا وقت العقد فى غير الجهة المتفق على التسليم فيها وأجرة كيله ووزنه ومقاسه وغير ذلك ، أى أنها تشمل كل ما يلزم البائع عمله ليضع المبيع تحت تصرف المشترى فى الجهة المتفق على حصول التسليم فيها . أما بعد ذلك فالمصاريف على المشترى كمصاريف المشال والنقل .

---

(١) س م ١٤/١١/١٩٠١ مج ت م ١٤ ص ١٤

(٢) الهلالى بك بند ٥٧١

(٣) عيسى باشا بند ١٢٣١ والهلالى بك بند ٥٧٠

ومع ذلك فليس من مانع يمنع الاتفاق صراحة أو ضمنا على مغايرة هذه القاعدة وتحميل البائع مصاريف المشال والنقل إلى مكان المشترى أيضا أو العكس. كما أن العرف التجارى قد يجرى بغير هذه القاعدة. وكثير من الاصطلاحات التجارية المستعملة فى البيوع البحرية مثل Cif أو FOB وغيرهما تؤثر فى تطبيق هذه القاعدة كما سنرى عند الكلام عليها .

٢ — واجب ضمان المبيع

١٨٠ — ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية —

يجب على البائع أن يضمن للمشترى شيئين : وهما أولا عدم استحقاق المبيع لشخص آخر غير البائع وعدم تعرضه له فى حيازته كاملا حيازة هادئة ليتمكن من الانتفاع به بغير منازع . وسواء فى ذلك أكان استحقاق المبيع للغير ناتجا من كون الشيء أو حق فيه مملوكا لغير البائع أم كان ناتجا من تصرف البائع نفسه فى المبيع بعد البيع أو ترتيبه حقوقا عينية عليه للغير (٣٧٤/٣٠٠ م أم وما بعدها) . وثانيا عدم وجود عيوب خفية فى المبيع تنقص من قيمته أو تجعله غير صالح فيما أعد له من الاستعمال (٣٨٧/٣١٣ م أ م وما بعدها) . والضمان الأول يندر أن يطلب فى البيوع التجارية لأن معظمها يقع على أشياء معينة بالنوع لا تنتقل للمشترى ملكيتها إلا بالتسليم . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لأنها لا تقع إلا فى المنقولات ، وقاعدة أن حيازتها دليل الملك تعترض تطبيق قواعد ضمان الاستحقاق لأن المشترى حين يستلمها بحسن نية يكون فى مأمن من استرداد مالكها لها مالم يدفع ثمنها له (٦٠٨/٧٣٤،٨٧/١١٦ م أ م) .

ومع ذلك فقد طبقوا هذه القواعد نفسها الى حد محدود فى حالة بيع المحل التجارى. فقالوا بأن من يبيع محلا تجاريا يلزمه عدم إنشاء محل آخر من نوعه

فى نفس الجهة (١) لمزاحمة المشترى لأن ذلك يعتبر إخلالا بواجبه فى ضمان عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع . وبطبيعة الحال يضمن البائع للمشترى عدم استحقاق المحل أو نصيبا شائعا أو محدودا فيه لشخص آخر يدعى ملكيته .

١٨١ — ضمان العيوب الخفية Vices cachés — أما ضمان العيوب الخفية فمجال تطبيقه فى المسائل التجارية واسع . وقد أشارت (المادة ٣١٣/ ٣٨٧ م أ م) الى العيب الخفى بقولها "إنه كل ماينقص من قيمة المبيع أو يجعله غير صالح فيما أعد له من الاستعمال" . وهذا طبعا يختلف باختلاف جنس المبيع وطبيعته . ومعرفة مايعتبر عيبا ينقص من قيمة المبيع أو يجعله غير صالح للاستعمال الذى أعد له وما لا يعتبر كذلك موكولة لتقدير القاضى حسب ظروف كل حالة وحسب العرف . ومن أمثلته فى الحيوانات جموح الدابة وجريها (٢) ومن أمثلته فى البضائع التسويس فى الخشب والغلال وعدم إنتاج البذور (٣) وقيل أيضا ان إعسار صاحب المحل التجارى وامتناع النـاس عن معاملته وارتكابه ما يشين سمعة المحل لخيانة أمانة يعتبر عيبا خفيا فى بيع المحل التجارى (٤) .

ويجب عدم الخلط بين وجود العيب فى المبيع وبين فقدان صـفة من صفاته الجوهرية المعتبرة عنـد المشترى لأن العيب من الآفات الطارئة التى تخلو منهـا الفطرة السليمة (٥) . ولا يعتبر صفة لاصقة بالشىء نفسه .

---

(١) والتون ١ ص ١٦٤ ، وبنى سويف الكلية ٢٢/٤/١٩١٣ مج ١٤ عدد ٥٩ ، وكولان وكابيتان ٢ ص ٤٦٤ — ٤٦٥

(٢) عيسى باشا بند ١٠٥٢٢ — ١٠٥٣

(٣) المرجع المتقدم .

(٤) المرجع المتقدم والهلالى بند ٦٣٧ ص ٤٢٦

(٥) عيسى باشا بند ١٥٢٢ وابن عابدين ٤ ص ٧٤ و ٧٥

أما الصفة الأساسية أو الجوهرية فانها ليست طارئة على الشيء بل ملازمة له . وأهمية التفريق بين الحالتين أن المشترى فى حالة العيب له حق فسخ البيع وليس له طلب بطلانه ، أما فى حالة فقد الصفة الجوهرية فله طلب بطلانه لوجود غلط فى صفات المبيع الجوهرية كأن يشترى بضاعة بمقتضى عينة أو نموذج ثم يظهر عدم مطابقة المبيع للعينة أو النموذج[١] ، أو كأن يشترى بضاعة على أنها من فوريقة معينة ثم يظهر أنها ليست منها . أما إذا حصل من البائع تدليس أخفى به عن المشترى صفة بحيث يظهر المبيع بالصنف الذى يريده وهو ليس كذلك لا يعتبر ذلك عيبا يعطيه حق الفسخ بل تدليسا يجيز له طلب البطلان . وللتفريق بين دعوى العيب ودعوى الغلط أو التدليس أهمية أخرى من جهة مدة سقوطها فالأولى تسقط بمضى مدة قصيرة جدا وهى ثمانية أيام من يوم علم المشترى بالعيب . والثانية لا تسقط إلا بالمدة الطويلة[٢] .

١٨١ مكرر — شروط العيب — يشترط فى العيب الذى يسأل عنه البائع أربعة شروط وهى :

(أولا) أن يكون خفيا — فاذا كان ظاهرا يمكن معرفته بفحص المبيع وقت البيع فلا يجوز للمشترى التمسك به فيما بعد . ولذلك يجب على المشترى أن يفحص المبيع جيدا وقت البيع[٣] . واذا كان قليل الخبرة فعليه أن يستعين بخبير وإلا فعليه تقع تبعة جهله وعدم خبرته إذ لا يمكن أن يترتب على عدم خبرة المشترى أن يصبح العيب الظاهر خفيا . واذا لم يمكن فحص المبيع وقت البيع أو بالأحرى اذا لم تجر العادة بفحص المبيع وقت البيع بل جرت بفحصه

(١) س م ١٥ /٤/ ١٩٠٣ ، ١٣/٥/١٩١٤ مج ت م ١٥ ص ٢٤٣ ، ٢٦ ص ٣٨٥ على التوالى

(٢) هالتون ٢ ص ٤٩ ، عيسى باشا بند ١٥٢٥ ص ٥٢٣

(٣) س م ٦/٥/١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ٣٢٧ . وانظر س م ٢١/١/١٩٢١ ، ٢٢/٢/١٩٢٣ مج ت م ٣٢ ص ١٣٥ و٣٥ ص ٢٤٦ على التوالى .

عند المشترى بعد استلامه فلا يسقط حقه فى التمسك به ولو كان مما تمكن معرفته بالفحص وقت البيع . مثال ذلك شراء التاجر كميات محزومة من أثواب القماش فان العادة لم تجر بفحص أجزاء الأثواب عند البيع ولذلك اذا وجد بها ثقوب أو بقع عند فحصها بعد استلامها فله التمسك بهذا العيب . ومثال ذلك أيضا اذا اشترى بذورا وظهر أنها لم تنبت شيئا بعد زرعها ، وكذلك إذا اشترى ماكينات ثم وجد عند إدارتها أن بها أو بأحد قطعها عيبا كأن كانت مستعملة أو بالية أو أنها ليست من السمك المطلوب لأن العادة لم تجر بفك الآلات وقت البيع مع أنها لو فكت لأمكن معرفة العيب[1] .

(ثانيا) أن يكون قديما — وضابط القدم أن يكون العيب موجودا فى المبيع وقت البيع اذا كان عينا معينة أو موجودا فيه وقت التسليم اذا لم يكن عينا معينة (٣٩٧/٣٣٢—٣٩٨ م ا م) . وهذا معقول لأن ذات المبيع المعين بالنوع مثلا لا تعرف الا عند الاستلام بل قد لا يكون موجودا عند البائع وقت البيع ، فلو أن المشرع اشترط فى العيب أن يكون موجودا فيه وقت البيع لكان عبثا . وقد وافق هذا الحكم أحكام الشريعة الإسلامية وما جرت به الأحكام فى فرنسا[2] . وليس من الضرورى لاعتبار العيب قديما أن يكون نشأ ونما وقت البيع أو عند الاستلام . بل يكفى أن يكون قد بدأ فى التكوّن وقت البيع وان لم يستكمل نموه الا فى يد المشترى بعد استلامه[3] كالسوس فى الأخشاب والغلال أو العث فى الأقمشة . أما اذا لم يبدأ فى التكوّن الا بعد استلام المشترى له فلا يعتبر قديما وتقع مسئوليته على المشترى ،

---

(١) عيسى باشا بند ١٥٣٠

(٢) المرجع المتقدّم بند ١٥٣٥

(٣) الهلالى بك بند ٦٤٠ ص ٤٣٠

لأنه وقع فى ملكه وفى حوزته . وهـذا هو السبب فى أن المشرع جعل مدة سقوط الدعوى بالعيب قصيرة جدا "ثمانية أيام" حتى يمكن التحقق مما اذا كان العيب قديما يتحمله البائع أو حديثا فى يد المشترى و يتحمله هو .

(ثالثا) أن يكون مجهولا من المشترى — فاذا كان المشترى يعلم بوجود العيب ورغم ذلك استلم المبيع أو أقر بأن المبيع خال من العيوب فيسقط حقه فى الضمان ، لأنه اذا كان يكفى لسقوط حق المشترى فى الضمان أن يكون العيب ظاهرا وفى وسع المشـترى الاطلاع عليه بنفسـه ولو لم يره (٣٢٠/٣٩٥ م ا م) بالفعل فمن باب أولى اذا كان رآه وعلم به حقيقـة أو أقر بأنه خال من العيوب أو أنه رأى البضاعة وقبلها[١] . أما علم البائع وعدم علمه بالعيب فليس له تأثير الا فى مسئوليته هو كما سنعلم فيما بعد .

(رابعا) أن يكون جسيما — يجب أن يكون العيب من الجسامة بحيث ينقص قيمة المبيع نقصا يعتد به أو يجعله غير صالح للاستعمال الذى أعدّ له . فالنقص الطفيف أو التافه فى قيمة المبيع لا يكفى لرجوع المشترى على البائع بالضمان ، كالعيوب التى يمكن إزالتها أو إصـلاحها على حسابه مع تعويض المشترى عن حرمانه من الانتفـاع به مدة الاصلاح . والغرض من نقص القيمة هو النقص فى القيمة العادية للشيء لا فيما تخيله المشترى له من القيمة . والغرض من الاستعمال الذى أعد له هو الاستعمال العادى للشيء بحسب طبيعته . فاذا كان المشترى أعده لاستعمال غير عادى لا يأتلف مع طبيعته فيجب أن يحيط البائع به علما حتى يحتاط فيسلم شيئا خاليا من عيب يفوت على المشترى هذا الاستعمال[٢] .

---

(١) س م ٢/٥/١٩٠٢ بمجموعة الجداول العشرية نمرة ٤٤٧٢

(٢) الهلالى بك بند ٦٤١

ويلاحظ أن النقص فى القيمة المقصود هنا هو غير حالة النقص فى مقدار المبيع أى هلاك جزء منه التى سبق الكلام عليها فى ضمان الهلاك (بند ١٧٥ وما بعده آنفـا) .

١٨٢ — فيما يترتب على العيب الخفى من الآثار — يختلف الحكم باختلاف ما اذا كان الشيء واحدا أو متعددا و باختلاف ما اذا كان العيب بسيطا أو جسيما و باختلاف حسن نية البائع وسوء نيته .

أولا — اذا كان المبيع شيئا واحدا — فى هذه الحالة إما أن يكون العيب بسيطا بحيث لو كان المشترى رآه أو علم به وقت البيع ما امتنع عن الشراء ، وفى هذه الحالة لا يكون للمشترى إلا طلب تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة (٣٩٣/٣١٨ م ا م) . و يكون التنقيص بنسبة الفرق بين ثمن الشيء سالمـا وثمنه بالعيب الذى وجد به . وإما أن يكون العيب جسيما بحيث يوجب امتناع المشترى عن الشراء لو كان رآه أو علم به وقت البيع . وفى هذه الحالة اذا كان البائع حسن النية كان المشترى مخيرا بين فسخ البيع واسترداد ما دفعه من الثمن والمصاريف و بين إبقاء الشيء بثمنه المتفق عليه ، لأن العيب وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فليس له طلب تخفيضه . أما إذا كان البـائع سيء النية فيثبت للمشترى حق تنقيص الثمن بنسبة الفرق بين ثمن الشيء سليما وثمنه معيبا زيادة على حقه فى الفسخ ، أى ان المشترى فى هذه الحالة يكون بالخيار بين الفسخ وتنقيص الثمن . إنمـا يجب عليه إثبات سوء نية البائع ، لأنها لاتفترض . على أنه إذا كان البائع هو صانع الشيء المبيع أو إذا كان ممن يتجرون عادة فى نوع أو صنف المبيع فيعفى المشترى من إثبات سوء النية فى مثل هذه الأحوال ، لأن حرفة البائع تقتضى إلمـامه بعيوبه أو اطلاعه عليها سواء أصنعه بنفسه أو بواسطة غيره تحت إشرافه ، وللمشترى

فوق ذلك مطالبة البائع بالتعويضات ان كان لها وجه سواء أطلب فسخ البيع أم طلب تنقيص الثمن [١] (٣١٤/٣٨٨ م ا م) .

ثانيا — إذا كان المبيع متعددا — الغرض هنا الأشياء المتعددة التى تباع جملة أى صفقة واحدة، لأنها لو بيعت فرادى كان حكمها حكم المبيع الواحد. وقد نص القانون (٣١٦—٣١٧/٣٩٠ — ٣٩١ م ا م) على أنه إذا بيعت جملة أشياء وظهر ببعضها عيب قبل تسليمها فليس للشترى فسخ البيع إلا فى الجميع ، وذلك لعدم تفريق الصفقة على البائع . وعلى ذلك لا يكون للشترى رد المعيب منها وأخذ السليم مع تنقيص الثمن. أما إذا كانت سلمت إلى المشترى فاما أن يترتب على قسمتها ضرر أو لا يترتب . فاذا ترتب على قسمتها ضرر فالحكم كالحالة السابقة . والعبرة فى تقدير الضرر هى بظروف الحال لا بامكان القسمة طبيعيا . ولذلك إذا اعتبر جميع المبيع فى المعنى أو فى المنفعة كشىء واحد [٢] كزوجى حذاء ظهر بأحدهما عيب أو كزوجين من الثيران ألف أحدها الآخر بحيث لا يعمل بدونه وظهر فى أحدهما عيب فلا يجوز رد أحدهما واستبقاء الآخر.

أما إذا كان لا يترتب على تفريق الصفقة ضرر كما لو كان موزونا أو مكيلا فى أوعية مختلفة ففى هذه الحالة يجوز للشترى رد الشىء المعيب بحصته من الثمن سليما ، أى يخصم له من الثمن قيمة الشىء المعيب على اعتبار أنه سليم ، لأن الصفقة تمت بالاستلام ، وتفريقها بعد الاستلام جائز [٣] .

---

(١) عيسى باشا بند ١٥٦١ والهلالى بند ٦٤٦ ، ٦٤٧

(٢) عيسى باشا بند ١٥٧٦ والهلالى بند ٦٥٠ ص ٦٤١

(٣) ابن عابدين ٤ ص ٩٧

جواز تعديل الأحكام السابقة — الأحكام السابقة ليست من النظام العام ، فيجوز للمتعاقدين تعديلها بالاتفاق . ولذلك يجوز للمشترى تشديد الضمان على البائع واشتراطه فى عيوب لاتتوافر فيها الشروط المذكورة آنفا كما يجوز للبائع اشتراط عدم الضمان إلا فى حالة تدليسه أو سوء نيته فيلزمه الضمان رغم الشرط .

ويجب على البائع الذى يريد الانتفاع من شرط عدم ضمان العيب الخفى أن ينص على ذلك بغير غموض ولا إبهام . ولذلك قضت المحاكم بأن بعض الاصطلاحات التى تذكر عادة فى العقود التجارية لاتؤدى هذا الغرض ولا تعفى البائع من الضمان . ومن هذه الاصطلاحات عبارة أن البضائع مضمونة السلامة بالشحن وخطرها فى الطريق على المشترى Garantie saine à l'embarquement et voyage aux risques de l'acheteur [1].

سقوط دعوى الضمان — تسقط دعوى المشترى على البائع بضمان العيوب الخفية وما يترتب عليها من الحقوق فى فسخ البيع أو تنقيص الثمن بمضى ثمانية أيام من وقت العلم بالعيب . ولا عبرة بطول أو قصر المدة التى مرت قبل العلم به . وتسقط بالتنازل عنها صراحة كما هى الحال إذا اشترط البائع عدم الضمان ، أو دلالة كما لوصرح المشترى بأنه اطلع على البضاعة أو إذا كان رآها وقبلها أو إذا تصرف فيها تصرف الملاك بعد العلم بالعيب (٣٢٥/٤٠٣ م ا م) . أما إذا تصرف فيها قبل العلم به كأن باعها لآخر فيجوز للمشترى الثانى رفع دعوى الضمان إما على المشترى الأول ، أى البائع له ، أو على البائع الأصلى [2] فى ظرف ثمانية أيام من علمه هو بالعيب .

---

(١) س م ٢١/١/١٩٢٠ مج ت م ٣٢ ص ١٣٥ وملش وڤال بند ٧٩٢ ص ٤٣٠

(٢) نقض فرنسى ١٢/١١/١٨٨٤ د ٨٥/١/٣٥٧

ومثل استعمال المبيع فى شؤون المشترى الشخصية مع علمه بالعيب كمثل التصرف فيه أى أن الحكم واحد فى الحالتين .

ويلاحظ أن البائع لا يضمن العيوب الخفية فيما بيع بالمزاد بمعرفة المحكمة أو بمعرفة جهة من الجهات الادارية (٤٠٥/٣٢٧ م ا م) .

ثانيا — واجبات المشترى

١٨٣ — يجب على المشترى ثلاثة واجبات أساسية وهى :

(١) دفع رسوم ومصاريف عقد البيع .

(٢) استلام المبيع .

(٣) دفع الثمن .

وقد يتفرع عن بعض هذه الواجبات غيرها . فعن واجب المشترى فى استلام المبيع يتفرع واجبه فى تحمل مصاريف الاستلام ، وعن واجب دفع الثمن يتفرع واجب دفع فوائده فى بعض الأحوال .

وقبل أن نشرح هذه الواجبات نلاحظ أن الأول منها يندر تكليف المشترى به فى البيع التجارى لعدم لزوم تحرير عقد كتابى فى البيوع التجارية إلا فى حالة بيع السفن الذى يجب أن يكون بعقد رسمى (٣/٣ بحرى م ا م) . وفى هذه الحالة تسرى القاعدة المتقدمة فيكلف المشترى بدفع رسوم ومصاريف العقد . ويدخل ضمن مصاريف العقد أجرة الموثق أو الكاتب الذى حرره والرسوم الواجب دفعها للجهات المختصة كقلم الكتاب أو قلم تسجيل العقود والرهون . ويقولون أيضا بأنه يدخل فيها مصاريف السمسرة . ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام . فيصح للخصوم

الاتفاق على غيرها ، كما يجوز أن تجرى العادة على خلافها . فمثلا يجوز أن يتفق على جعل المصاريف مناصفة أو على تحميل البائع بها كلها . ثم إن هذه القاعدة لا تسرى إلا فيما بين البائع والمشترى فقط . أما بالنسبة للغير كالكاتب الذى حرر العقد فله أن يطالب كلا منهما بنصيبه فى المصاريف .

والملاحظة المتقدمة تغنينا عن الكلام بالتفصيل عن هـذا الواجب . ولذلك سيكون كلامنا فيما يلى مقصورا على واجبى الاستلام ودفع الثمن .

١٨٤ — (١) واجب استلام المبيع — ميعاد الاستلام ومكانه —

يجب على المشترى أن يستلم Prendre livraison, se livrer فى الميعاد المتفق عليـه فى عقد البيع [١] ان كان هناك اتفاق ، وإلا فيجب عليه أن يستلمه فى الميعاد المحدد فى العرف[٢] . فاذا لم يوجد عرف وجب استلامه "فورا" . وليس معنى "فورا" هنا أنه يجب أن يستلمه فى اللحظة التى يتم فيها عقد البيع ، بل معناها أنه يجب أن يستلمه فى المدة الكافية عقلا لحصول الاستلام [٣] طبقا للعرف وبحسب جنس المبيع وطبيعته .

مكان الاستلام — واذا لم يكن هناك اتفاق على مكان معين لاسـتلام المبيع فيعتبر الاستلام واجبا فى المكان الذى كان يوجد به المبيع وقت البيع ، اذا كان شيئا معينا بالذات ، أو فى مكان البائع أى محله اذا لم يكن معينا بالذات كالأشياء المعينة بنوعها . وهذا مطابق لمـا قلناه عن مكان التسليم وعلى ذلك يحصل التسليم والاستلام فى مكان واحد وفى وقت واحد .

---

(١) قارن س م ٦ ، ٢٧ / ١١ / ١٩١٣ مج ت م ٢٦ ص ٥٣ ، ١٤ و ١١ / ٤ / ١٩١٧ مج ت م ٢٩ ص ٣٦٠

(٢) الأحكام المتقدمة .

(٣) س م ٢٧ / ١١ / ١٩١٣ مج ت م ٢٦ ص ٥٣

معنى الاستلام — وقد ذهب بعض الشراح [١] الى القول بأن الاستلام يعتبر تاما قانونا اذا وضع البائع المبيع تحت تصرف المشترى ماديا بحيث يمكنه أن يأخذ Rétirer البضاعة ويدخلها فى حيازته ولو لم يستلمها بالفعل . وهذا الرأى ظاهر فيه المزج بين التسليم والاستلام مع أن كلا منهما منفصل ومستقل عن الآخر. الأول واجب البائع و يتم من جانبه بالتخلى عن المبيع للمشترى ، والثانى واجب المشترى ولايتم إلا باستلامه فعلا أو حكما . فاذا لم يأخذ المشترى المبيع يعتبر مقصراً و يجوز للبائع أن يحصل على إذن من المحكمة بايداعه فى مكان آخر أو ببيعه لحساب نفسه (البائع) . وهذه النتائج لاتستقيم مع القول بأن المشترى يعتبر مستلما للمبيع قانونا بمجرد تخلى البائع عنه .

والقواعد السابقة [٢] تجب مراعاتها بدقة فى البيوع التجارية وفى بيع البضائع خصوصا ، لأن التاجر البائع محتاج إلى إخلاء المكان الذى توجد فيه البضاعة المبيعة ليضع فيه غيرها ، فاذا تأخر المشترى عن الاستلام تعطلت تجارة البائع . وفى كل بيع على العموم يهم البائع سرعة قيام المشترى بواجبه فى الاستلام حتى تخلو ذمته من ضمان هلاك المبيع أو تلفه ومن واجب المحافظة عليه وصيانته [٣] .

ووجوب استلام المبيع فى المكان والزمان المعينين قد يفهم من المواد ٢٤٥ ، ٢٧٧ / ٣١١ ، ٣٧٧ م أ م . ويلاحظ أن جعل مكان الاستلام فى محل البائع يخالف القاعدة العامة فى التعهدات التى تقضى بأن الوفاء بالتعهد

---

(١) عيسى باشا بند ١٦٩٤

(٢) س م ١٩/١٢/١٩١٧ ج ت م ٣٠ ص ٩٧ وقارن س م ٣/١٢/١٩١٣ ج ت م ٢٦ ص ٧٢

(٣) س م ١٥/٢/١٩٠٠ ، ٢٣/١/١٩٠٨ ج ت م ١٢ ص ١١٧ ، ٢٠ ص ٦٩

اذا كان المتعهد به شيئا غير معين بالذات يكون فى محل المتعهد. وكان الواجب طبقا لهذه القاعدة أن يكون محل استلام المبيع هو محل المشترى لأنه مدين بالاستلام لا محل البائع لأنه دائن به . ولكن المشرع خالف هــذه القاعدة لأن التسليم والاستلام متلازمين واختار محل البائع دون المشترى لسبب سنعلمه عند الكلام على وجوب دفع الثمن .

ويلاحظ أن العادات والاصطلاحات التجارية كثيرا ما تؤثر فى ميعــاد التسليم ومكانه ويترتب عليها مخالفة القواعد المتقدمة . وقد رأينا أمثلة كثيرة منها عند الكلام آنفا على مكان التسليم وزمانه . وما قيل هناك يقال هنا.

مصاريف الاستلام — كما أنه يلحق بواجب البائع فى تسليم المبيع أن يتحمل مصاريف التسليم كمصاريف الوزن والكيل فكذلك يلحق بواجب المشترى فى استلام المبيع أن يتحمل مصاريف الاستلام وهى مصاريف مشال المبيع ونقله الى محل المشــترى ما لم يتفق على غير ذلك أو ما لم يجر العرف التجارى بغيره (١٨٤/٣٥٦ م أ م) .

١٨٥ — (٢) واجب دفع الثمن — زمانه ومكانه — إما أن يكون هناك اتفاق بين المشترى والبائع على مكان وزمان معينين لدفع الثمن أم لا . فاذا كان هناك اتفاق وجب على المشترى أداء الثمن فى الزمان والمكان المعينين بالشروط المتفق عليها [١] (٣٢٨/٤٠٦/ م أ م) .

أما إذا لم يكن هناك اتفاق فإما أن يكون هناك عرف متبع أم لا . فان كان هناك عرف[٢] متبع وجب دفع الثمن فى المكان والزمان اللذين يقضى

(١) س م ٢٧/٥/١٩١٥ مج ت م ٢٨ ص ٣٦٨

(٢) وقد جرى العرف فى حالة إرسال البضاعة فى البوستة محولة بالثمن Lirvable contre remboursement أن تسحب البضاعة من البوستة حالا مع دفع الثمن فى الوقت نفسه .

بهما العرف (٣٢٩/ فقرة ٣ / ٤٠٩ م ا م) ، اذ يعتبر الطرفان راضيين بحكمه ضمنـا .

ويغلب فى شراء البضائع أن يكون الثمن مؤجلا مالم يكن المشترى مستهلكا وعلى الخصوص اذا كان تاجرا . إذ العادة أن يشترى التاجر ما يحتاج اليه من البضائع على أن يدفع ثمنها من متحصل ثمنها الذى يبيعها به للمستهلكين أو لغيره من التجار . وفى هذه الحالة لايتوقف تسليم البضاعة على دفع الثمن بل هى تسلم للمشترى طبقا للعادة ولولم يدفع الثمن . ويختلف الأجل باختلاف نوع التجارة باختلاف البلاد [1] . وفى هذه الحالة لايجوز للبائع حبس البضاعة حتى يدفع الثمن لأن تأجيل الثمن مع تسليم البضاعة فورا يمنع من استعمال حق الحبس . وقد جرت العادة بين التجار أيضا فى هذه الحالة باستعمال الأوراق التجارية ، وجرت على الخصوص باستعمال الكمبيالات فى الوفاء بالثمن فيسحب البائع على المشترى كمبيـالة لأمر وإذن شخص ثالث وتكون مستحقة الآداء فى الميعاد الذى يجب فيه دفع الثمن وفى المكان المتفق على حصول الدفع فيه أيضا [2] . على أن القـاعدة أن الدائن غير مكلف بقبول الدفع بالأوراق إلا إذا دفعت قيمتها [3] .

أما اذا لم يكن هناك اتفاق ولا عرف متبع فان الثمن يجب دفعه فى الزمان والمكان اللذين نصت عليهما المواد ٣٢٩/٤٠٧ — ٤٠٨ م ا م . وهذه المواد فرقت بين حالتين وهما : (١) حالة سكوت المتعاقدين عن النص صراحة

---

(١) ففى فرنسا مثلا يغلب فى الأجل أن يكون تسعين أو مائة وعشرين يوما (تاليرو برسيرو) بند ١٠٥٤ ص ٦٤٦

(٢) المرجع السابق بند ١٠٥٥

(٣) بلانيول ٢ بند ٢٤٢

على ميعاد لدفع الثمن ، (٢) حالة النص على تأجيل دفع الثمن ، وبينت فى كلتا الحالتين مكان الدفع :

(١) حالة سكوت المتعاقدين — اذا سكت المتعاقدان عن النص على ميعاد لدفع الثمن وجب دفعه حالا أو فورا ، ويجب دفعه نقدا . وتعتبر الأوراق التجارية فى مقام النقد بين التجار فيمكن دفعه بكمبيالة أو شيك يدفع عند الاطلاع ، بشرط أن يقبلها المسحوب عليه . ويجب أن يحصل الدفع فى هذه الحالة فى المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع (٣٢٩ فقرة ٤٠٧/١ م ا م) أى مكان وجوده وقت العقد اذا كان شيئا معينا بالذات أو مكان البائع اذا لم يكن كذلك .

ويلاحظ أن النص على وجوب دفع الثمن فى مكان البائع أو مكان المبيع يخالف القاعدة العامة فى وفاء التعهدات التى تقضى بأن الوفاء بالتعهد يكون فى محل المتعهد أى المدين ، وخصوصا فى الديون النقدية لأنها يطالب بها Quérable دائما ، أى ان الدائن يجب أن يسعى للحصول عليها من المدين وليس على المدين أن يحملها ويذهب الى محل الدائن لدفعها اليه . وقالوا إن الحكمة فى مخالفة هذه القاعدة فى البيع هى أنه من العقود اللازمة من الجانبين أو المتبادلة فيجب أن يتم تنفيذ تعهد كل من الطرفين فى وقت واحد وفى مكان واحد . وإنما اختاروا محل وجود المبيع أو محل البائع على حسب الأحوال دون مكانا لتسليمه محل المشترى كما كان الواجب بحجة أن تكليف المشترى بنقل الثمن الى محل المبيع أو البائع أخف عبئا عليه من تكليف البائع بنقل المبيع الى مكان المشترى .

وبما أن تكليف المشترى بالدفع فى مكان المبيع أو البائع تقرر استثناء من القاعدة العامة للسبب المتقدم فلذلك لم يتوسعوا فيه ، وقصروا تطبيقه على

حالة دفع الثمن ليد البائع . أما اذا أحال البائع شخصا آخر بالثمن على المشترى فلا أصوب من الرجوع الى القاعدة العامة ومطالبة المشترى بالدفع فى محله هو لا فى مكان المبيع أو البائع [١]. ويجب أن يكون الحل كذلك لو سحب البائع على المشترى كمبيالة بالثمن .

(٢) حالة النص على تأجيل الدفع — فى هذه الحالة قضت المادة ٣٢٩ فقرة ٤٠٨/٢ م ا م بأن الثمن يجب أن يدفع فى محل المشترى وفى الميعاد المتفق عليه طبعا . وليس فى هذه القاعدة مخالفة للقواعد العامة سواء أكان البائع حول غيره بالثمن على المشترى أم لم يحول أحدا، لأن من يجب أن يدفع اليه الثمن يجب عليه أن يسعى للحصول عليه فى محل المشترى .

وقد قلنا إن العرف التجارى يقضى غالبا بتأجيل الثمن وأنه يدفع بكمبيالة . والغالب فى الكمبيالة أن يسحبها البائع على المشترى لأمر وإذن شخص آخر وتكون مستحقة الأداء فى ميعاد استحقاق الثمن وفى محل المشترى . وهذا العرف يتمشى مع تطبيق القاعدة المتقدمة . ولكن قد يحدث أن يتفق البائع والمشترى على العكس فيكلف البائع المشترى بأن يسحب هو الكمبيالة على عميل له لأمر وإذن البائع . وفى هذه الحالة تكون الكمبيالة مستحقة الأداء فى محل البائع لا فى محل المشترى، كما أن دفعها فى محل البائع قد يثير مشكلة العملة التى يجب أن تدفع بها الكمبيالة اذا كانت العملة فى بلد المشترى تختلف عنها فى بلد البائع نظاما وسعرا . والغالب أن يشترط دفع الكمبيالة بعملة البلد الذى تدفع فيه لأن العبرة فى تعيين عملة الدفع هى بالمكان الذى يحصل فيه [٢] .

---

(١) عيسى باشا بند ١٥٨٧

(٢) تالير و برسيرو بند ١٠٥٥ ص ٦٤٦

فوائد الثمن — يؤخذ من المادة ٤١٠/٣٣٠ م ا م أن المشترى يجب عليه دفع فوائد الثمن المؤجل فى الأحوال الآتية وهى :

(١) اذا كان هناك اتفاق على دفعها وفى هذه الحالة لا تزيد الفوائد عن ٩ ٪ أصلا (١٨٥/١٢٥ م ا م)[١] .

(٢) اذا كان المشترى تأخر عن الوفاء بالثمن فى الميعاد ونبه عليه البائع تنبيها رسميا بالوفاء . وقد خالف المشرع فى هذه الحالة القاعدة العامة المتبعة فى استحقاق فوائد الديون والتى تقضى بأن الفوائد لا تستحق الا من يوم المطالبة القضائية أى من يوم رفع الدعوى (١٨٢/١٢٤ م ا م) .

(٣) اذا كان المبيع مما ينتج ثمرات أو أرباحا وكان المشترى قد وضع يده عليه وانتفع بثمرته أو أرباحه [٢] . ومثال ذلك بيع الأسهم والسندات .

ويلاحظ أن توقيع الحجز على الثمن تحت يد المشترى بناء على طلب دائن البائع لا يوقف سريان الفوائد المستحقة فى الأحوال المتقدمة [٣] .

---

(١) يرى الأستاذ جرانمولان عكس ذلك أى ان فائدة الثمن المتأخر دفعه يجوز أن تكون أزيد من ٩ ٪ ويظهر أنه متأثر بما جرى عليه الكتاب والقضاء فى فرنسا من إجازة ذلك اعتمادا على أن المشرع الفرنسى لم يحدد سعر الفائدة إلا فى باب القرض فلا يسرى التحديد فى غير الديون الناشئة عن قرض . ولكن المشرع المصرى خالف المشرع الفرنسى فى مكان تحديد سعر الفائدة فوضع المواد التى حددت سعر الفائدة فى باب التعهدات على العموم . ولذلك لا محل لقصر مفعول التحديد على فوائد القرض ولا بد من القول بسريان مفعوله بالنسبة لكل تعهد أو دين سواء أكان منشؤه قرضا أم غيره . انظر عكس جرانمولان ومن الرأى الذى قررناه فى الشرح عيسى باشا بند ١٦١٠ والهلالى بك بند ٦٨٤ على الخصوص ص ٤٦٦

(٢) لم ينص المشرع المختلط على هذه الحالة . ولكن المحاكم المختلطة تتبع فيها حكم القانون الأهلى س م ١٩١٩/١١/١١ مج ت م ٣٢ ص ٧ ، س م ١٩٠٧/١/٣٠ مج ت م ١٩ ص ١٠٩ ، س م ١٨٩٦/٤/٥ مج ت م ٨ ص ٢٤٥

(٣) أوبرى ورو ٤ ص ٣٨٩

ويلاحظ أيضا أن الأجل فى الغالب مشروط لمصلحة المشترى سواء تحدد بالاتفاق أو بحكم العادة. ولذلك يجوز للمشترى أن يعجل دفع الثمن قبل حلول الأجل Devancer le terme أو أن يدفعه حالا إذا أراد. وتجرى العادة فى بعض أنواع التجارة بأن يخصم للمشترى قيمة الفوائد المستحقة فى هذه الحالة عن المدة الباقية. ويختلف الخصم Escompte باختلاف المدة وسعر الفائدة. ويختلف أيضا باختلاف البلاد وقد نص قانون سنة ١٨٦٦ فى فرنسا على سعر الخصم فى المنتجات غير المصنوعة أى المحصولات[1]. وليس فى مصر قانون مثله، ولذلك يرجع إلى اتفاق المتعاقدين وعرف التجارة التى حصل فيها البيع لمعرفة هل يجوز للمشترى أن يطلب خصما أم لا ولمعرفة سعره.

مصاريف دفع الثمن — تقع المصاريف التى قد يقتضيها دفع الثمن أو إرساله إلى البائع على عاتق المشترى إلا إذا جرى العرف التجارى بغير ذلك (٢٨٤/٣٥٦م ا م).

(ب) حقوق البائع والمشترى

١٨٦ — مجمل الحقوق وما نشرحه منها — عقد البيع عقد نهائى لازم من الجانبين أو كما يقولون عادة من العقود المتبادلة. ولذلك يعتبر تعهد كل من طرفيه حقا للآخر. فما كان واجبا على البائع كان حقا للمشترى وبالعكس. وإذا سكتنا على ذلك كان لنا أن نستغنى عن هذا البحث بما تقدم من الكلام على واجبات البائع والمشترى. ولكننا نظرنا هناك إلى الحالة العادية التى يقوم فيها كل بما عليه. ولم نتعرض إلا عرضا وفى بعض المواطن لما يترتب على إخلال أحدهما بواجبه. وغرضنا هنا أن ننظر إلى حالة عدم تنفيذ

---

(١) تالير وبرسيرو بند ١٠٥٦ ص ٦٤٧

التعهدات المترتبة على البيع من جانب البائع أو من جانب المشترى أو تأخر أحدهما فى تنفيذها أو الاخلال بأى وجه من الوجوه بشروط العقد المعتبرة بينهما لنعرف الوسيلة التى يحمى بها كل منهما مركزه أو الجزاء الذى يترتب له إزاء الآخر. وبهذا المعنى يجب أن نفهم هنا حقوق كل منهما. والحقوق التى تترتب على الاخلال بعقد البيع بعضها مشترك بين البائع والمشترى. وهذه هى :

(١) حق فسخ البيع ، (٢) حق طلب التضمينات ، (٣) حق الحبس ، (٤) حق الاسترداد ، (٥) حق العرض والايداع .

وبعضها خاص بكل منهما . ومنها للبائع وحده : (١) حق الامتياز بالثمن على المبيع ، (٢) حق التنفيذ بالحجز والبيع على أموال المشترى ، (٣) حق زيادة الثمن أو تكملته[١] فى بعض الأحوال ، (٤) حق إعادة البيع على ذمته ولحسابه الخاص ولكن على مسئولية المشترى — وللمشترى وحده : (١) حق وضع يده على البيع ، (٢) حق الاستعاضة عن المبيع بمثله من السوق على حساب المشترى ، (٣) حق تنقيص الثمن فى بعض الأحوال .

ومعظم الحقوق المتقدمة سواء أكانت مشتركة بين المتبايعين أو خاصة بأحدهما لاتخرج عن كونها تطبيقا خاصا فى عقد البيع للقواعد العامة فى التعهدات والعقود على العموم وإن اختلفت صورة تطبيقها بالنسبة للبائع والمشترى فى بعض الأحوال نظرا لاختلاف طبيعة الشىء الذى يتعهد به كل منهما .

---

(١) حق تكملة الثمن بسبب الغبن فى بيع عقار القاصر لا يدخل فى حسابنا لأنه متعلق ببيع العقار الذى يخرج من نطاق الأعمال التجارية . ولذلك أيضا أسقطنا الكلام على دعوى المشترى ضمان استحقاق المبيع والتعرض له فى الانتفاع به لأنها لا يغلب حصولها إلا فى بيع العقار .

فمثلا وضع اليد على المبيع ليس الا صورة من صور التنفيذ العينى. وهو لا يجوز طبعا الا اذا كان المبيع عينا معينة وكان مملوكا للبائع . فلا يتصور فى حالة بيع البضائع المعينة بالنوع فقط أو ما يقدر بالوزن أو الكيل لأن ملكيتها لا تنتقل الا بالتسليم . ولم يعطَ البائع حق وضع يده على الثمن لأن الثمن غير متعين كالمبيع المعين بالنوع . ولذلك يعتبر البائع دائنا بالثمن لا مالكا له خلافا لمشترى المبيع المعين بالذات فانه مالك له. ولذلك يجوز له بوصف كونه دائنا بالثمن أن يحصل عليه بطريق الحجز على أموال المشترى كلها أو بعضها وبيعها بالمزاد باعتبارها ضمانا عاما للبائع ، وشأنه فى ذلك شأن أى دائن عادى. ولكن البائع فى هذه الحالة قد يتعرض لخسارة جزء من الثمن بسبب مشاركة الدائنين الآخرين له اذا لم تكف أموال المشترى عامة لسداد مطلوباتهم جميعا بالكامل عند قسمة ثمنها بينهم قسمة غرماء . ولذلك فان البائع العاقل لا يلجأ بطبيعة الحال الى طريقة التنفيذ على أموال المشترى وتعرض نفسه للخطر المذكور إلا اذا لم يبق له فائدة من الاعتماد على حق الامتياز الذى له على الشيء المبيع أو اذا لم يأت له استعمال حق الامتياز بكل الثمن وملحقاته فيصبح دائنا عاديا بالباقى .

ومن الممكن أيضا أن نعتبر أن حق البائع فى إعادة بيع المبيع على مسئولية المشترى وحق المشترى فى الاستعاضة عن المبيع بمثله من السوق ليسا الا صورتين من صور التنفيذ العينى بطريقة سريعة وغير مباشرة . إذ فى الحالة الأولى يحصل البائع على الثمن كله ويستقل به دون باقى دائنى المشترى ، وفى الحالة الثانية يحصل المشترى على بضاعة مثل البضاعة التى أراد الحصول عليها . وهذان الحقان الأخيران ألصق بالبيوع التجارية منهما بغيرها . وهما يفيدان التجار للسرعة التى يتم باستعمالها تنفيذ الصفقة. بل إن الأخير منهما مبناه العرف التجارى ولا نص عليه فى القانون، وكذلك الأول وان كان يتصل بنص فيه .

ويلاحظ أن كثيرا من الحقوق المتقدمة لا يحتاج الى شرح خاص فى هذا المقام إما لسبق الكلام عليها تبعا للكلام على واجبات البائع والمشترى، كحق البائع فى زيادة الثمن وحق المشترى فى تنقيصه اللذين تكلمنا عليهما عند الكلام على هلاك المبيع جزئيا وعلى العيوب الخفية، أو لأنها معروفة للطلبة من دروس التعهدات فى السنة الأولى ولا تختلف فى تطبيقها على عقد البيع مدنيا أم تجاريا، كحق إيداع الثمن أو المبيع وحق التنفيذ على أموال المشترى وحق طلب التضمينات، ويضاف الى ذلك حق وضع يد البائع على المبيع الذى أشرنا اليه آنفا. أما الحقوق الباقية للشرح فهى حق الفسخ وحق الحبس وحق الاسترداد وحق الامتياز وحق البائع فى إعادة البيع على مسئولية المشترى وحق المشترى فى الاستعاضة عن البيع. وهذه كثيرا ماتؤثر فى تطبيقها العادات والنصوص التجارية، وعلى الخصوص فى حالة بيع البضائع والأمتعة المنقولة. ولذلك سنشرحها فيما يلى بمراعاة تلك العادات ومبتدئين بالحقوق المشتركة. إلا أنه لما كان حق البائع فى إعادة البيع وحق المشترى فى الاستعاضة عن المبيع متصلين بوجه ما بحق الفسخ فستتكلم عليهما تبعا له :

أوّلا — الحقوق المشتركة

١٨٧ — (١) حق الفسخ Droit de résolution — اذا امتنع البائع عن تسليم المبيع أو ملحقاته أو تأخر فى تسليمه أو سلمه فى غير المكان المعين فى العقد أو بالقانون، وبالجملة اذا أخل بشرط من الشروط الأساسية المتفق عليها والمعتبرة فى نظر المشترى كعدم مطابقة المبيع للعينة أو للنموذج أو نقصه عن المقدار المتفق عليه جاز للمشترى فسخ البيع. واذا امتنع المشترى عن دفع الثمن أو جزء منه أو فوائده أو مصاريف عقد البيع أو رسومه أو مصاريف دفع الثمن أو تأخر فى دفعها أو دفعها فى غير المكان والزمان المتفق عليهما أو اللازم دفعها

فيهما طبقا للقانون جاز للبائع فسخ البيع أيضا. وذلك لأن وفاء أحدهما بتعهده يعتبر سببا لتعهد الآخر ضمنا وشرطا له. ولم يشذ عقد البيع فى ذلك عن بقية العقود اللازمة من الجانبين، لأنها تفسخ دائما بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا لم يقم الآخر بوفاء ما عليه[1] (٢٧٨/٣٤٩ و٣٣٢/٤١٣ و١٧٩/٢٤٢ م/م).

الفسخ لامتناع المشترى عن الاستلام — إن استلام المبيع واجب على المشترى مستقل عن واجب البائع فى التسليم، ولذلك يرى معظم الشراح وتحكم المحاكم [2] بأن البائع له حق فسخ البيع اذا امتنع المشترى أو تأخر عن استلام المبيع. ولكن بعض الشراح[3] يشك فى جواز الفسخ بناء على طلب البائع فى هذه الحالة. وسبب الشك عنده راجع الى عدم التفريق بين التسليم والاستلام، وقد سبق لنا تفنيد هذا الرأى (بند ١٨٤ آنفا) ولذلك نرى أن نغض النظر عن هذا الشك.

ويلاحظ أن الفسخ جائز بناء على طلب البائع أو المشترى ولو لم يحصل لطالبه ضرر من عدم الوفاء أو من التأخير فيه، خلافا للتضمينات التى لا يجوز طلبها إلا بناء على ضرر يقع لطالبها بسبب عدم الوفاء أو التأخير فيه وبشرط أن يكون هناك خطأ ممن يسأل عنها[4]. ويلاحظ أن الفسخ خيارى لمن يطلبه أى لمن تقرر لمصلحته من المتبايعين، ولذلك يجوز له العدول عنه إلى طلب

---

(١) س م ١٩١٤/١/١٢ مج ت م ٢٦ ص ١٧٧، س م ١٩١٥/٥/٢٧ مج ت م ٢٧ ص ٣٦٨

(٢) قارن س م ١٨٩٨/٤/٢١ مج ت م ١٠ ص ٢٥٧ وانظر جرانمولان بند ١٤٢ والهلالى بند ٦٦٦

(٣) عيسى باشا بند ١٦٩٦ — ١٦٩٧

(٤) س ١٩٠٥/٥/٢٥ ح ٢١ ص ١٦٨ وهالتون ٢ ص ٥٨

تنفيذ الصفقة . فيجوز للبائع أن يعدل عنـه و يطلب تنفيذ الصفقة ودفع الثمن ، ويجوز للشترى أن يعدل عنه و يطلب وضع يده على المبيع ما لم يكن قد صدر به حكم نهائى .

الفسخ يكون بحكم و بعد إثبات التقصير — والقاعدة العامة أن الفسخ لا يحصل بمجرد حصول الامتناع أو التأخير من جانب أو من آخر . ولابد من طابه من المحكمة بعد إثبات تقصير المدعى عليه به . ولذلك يقولون بأن العقد يظل قائما إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ، و يرتبون على ذلك أن المدعى عليه يمكنه أن يتفادى الحكم به بأن يفى بتعهده قبل صدوره. فيجوز للشترى أن يدفع الثمن (١) ويجوز للبائع أن يسلم المبيع . وللحكمة أن ترفض طلب الفسخ اذا وجدت من الظروف أن الاخلال لم يقع بواجب من الواجبات الأساسية المعتبرة عند التعاقد الآخر(٢) ، كما لها أن تراعى العادة والعرف فى تقدير ما يتسامح فيه عادة . ولذلك حكمت بأن العادة جرت فى حالة بيع كمية من القطن بوجه التقريب Environs بأن يخصم لمصلحة البائع عشرة فى المئة من الكمية المقدرة أى يتسامح معه (٣) فى عجز ١٠٪ الا اذا أخل بواجباته و باع القطن لشخص آخر غير المشترى .

هل يجوز إمهال البائع فى التسليم أو المشترى فى دفع الثمن ؟ — نص المشرع على جواز إعطاء المشترى مهلة واحدة معتدلة لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء (٣٣٣/٤١٤ م أ م) ، ولكنه لم ينص على إعطاء البائع

---

(١) عيسى باشا ١٢٤٨

(٢) قارن س م ١٠/٥/١٩١٣ مج ت م ٢٥ ص ١٩٣ ، ١/٤/١٩١٥ مج ت م ٢٨ ص ٢٥٨

(٣) س م ١٤/٥/١٩١٣ ، ٣/٣/١٩٠٩ مج ت م ٢٥ ص ٣٨٦ ، ٢١ ص ٢٣٩

مهلة لتسليم المبيع مثل المشترى . وقد اختلفت المحاكم الأهليـــة والمختلطة فى هذا الموضوع . والمحاكم الأهلية ومعها الشراح[١] يقولون بأن النص على إعطاء المشترى مهلة ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة فى التعهدات التى نص عليها فى المـادة ١٦٨/٢٣١م أم والتى تجيز للقاضى فى أحوال استثنائية أن يأذن بالوفاء على أقساط أو بميعاد لائق . ويقولون أيضا أن نص المشرع عليها بالنسبة للمشترى دون البائع لا يحرم المحكمة من هـذا الحق بالنسبة للبائع أيضا ، لأن نص المشرع عليها بالنسبة للمشترى مجرد تكرار . أما المحاكم المختلطة فنظرت للمسألة من وجه آخر، اذ اعتمدت على نص المـادة ٢٧٨/٣٤٩ م أ م التى قررت بأنه فى حالة تأخر البائع عن التسليم بعد تكليفه رسميا يكون للمشترى حق الفسخ ولم تقل يكون له طلب الفسخ كما فعل المشرع الفرنسى . وأخذت من ذلك أن الفسخ من حق المشترى لا من حق القاضى فليس له أن يمتنع عن إجابة طلبه باعطاء البائع مهلة[٢] . ولكن أليس فى ذلك شبه تعارض مع المبدأ الذى قررته هذه المحـاكم وذكرناه آنفا وهو أن القاضى له حق تقـدير إجابة طلب الفسخ أو عدم السماح به تبعا للظروف وعلى الخصوص اذا كان الاخلال هينا بحيث يجعل المشترى متعسفا فى طلبه . ومع ذلك فالحل الذى تقضى به المحاكم المختلطة قد يكون أكثر انطباقا على البيوع التجارية التى يجب أن تراعى فيها المواعيد بدقة كما قررت مرارا هذه المحاكم .

وسبب وضع المبيع تحت الحجز عند إعطاء المشترى مهلة لدفع الثمن أو تقسيطه عليه هو أنه يخشى عليه من أن يتلفه المشترى أو يتصرف فيه بالبيع

(١) س ٢٣/١/١٩٠٠ ج ١ ص ٢٩٣ اسكندرية الابتدائيـــة ٢٧/٣/١٩١٧ شرائع ٤ نمرة ٦٤٨ ودى هلتس ٤ بيع بند ١٥٥ وعيسى باشا بند ١٢٤٨

(٢) س م ٢٧/٤/١٩٢٢ مج ت م ٣٣ ص ٣٧١ وقد قالت فيـه المحكمة إن الفسخ من حق المشترى وليس للقاضى أن يمنحه بل عليه أن يعلنه فقط أى ان المحكمة عند ما تحكم بالفسخ فهى انما تقرر حقا ثبت للمشترى قبل الحكم به .

لآخر حسن النية أثناء المهلة ، وخصوصا اذا كان من البضائع أو المنقولات فلا تجدى البائع بعد ذلك دعوى الفسخ ولا يكون له إلا مطالبة المشترى بالتضمينات وقد يكون معسرا .

ويلاحظ أن حق المحكمة فى اعطاء مهلة للمشترى يسقط اذا كان متفقا بين البائع والمشترى على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بمجرد عدم دفع الثمن (٤١٦/٣٣٤ م ا م) وهذ الاتفاق جائز كما سنرى حالا .

إثبات التقصير شرط للفسخ — لاجدال فى أن الفسخ لايجوز الحكم به اذا لم يثبت طالبه تقصير المدعى عليه بتكليفه بالوفاء . والأحكام كلها بهذا المعنى[1] . انما يجب أن يكون التكليف بالوفاء صريحا ، فلا يكفى فيه مثلا أن يعلن المشترى البائع بأنه أصبح غير ملزم باستلام المبيع نظرا لتأخر البائع فى التسليم وأنه سيشتريه من محل آخر[2] . ولكن يكفى فيه تكليف ممثل التاجر الذى قدم طلب البضاعة بواسطته الى البائع[3] . واذا كان طلب البضاعة على دفعات منتظمة فيجب على المشترى أن يكلف البائع بالوفاء فى ميعاد استحقاق كل دفعة[4] . ويكفى أن ينذره بالوفاء عند التأخر

---

(١) س م ١٨٩٧/١١/١٧ ، ١٨٩٨/٤/٢١ ، ١٩١٣/٤/٣ مج ت م ١٠ ص ١١ ، ص ٢٥٧ ، ٢٥ ص ١٨٧

(٢) س م ١٨٩٨/٣/١٧ مج ت م ١٠ ص ٢٠٣

(٣) س م ١٨٨٩/٥/١٦ مج ت م ١ ص ٢٠٢

(٤) فاذا ترك المواعيد تمضى ولم يطالب تسليمه الدفعات المستحقة فقد يفهم من ذلك أنه عدل عن الاستمرار فى الصفقة . ولذلك لا يجوز له بعد سكوت طويل طلب المتأخر من الدفعات مرة واحدة أو تعويض عن عدم التسليم . انظر س م ٥/١٠ ، ١٩١٦/٦/٢٧ مج ت م ٢٨ ص ٣٠٦ ، ٢٤٤ ، س م ١٩١٧/١٢/٤ مج ت م ٣٠ ص ٥٧ . والمفهوم فى هذه الحالة أيضا عدم جواز طلب الفسخ لأن العقد يعتبر مفسوخا برضا الطرفين بالسكوت المستمر .

فى أول دفعة ويشترط عليه أن هـذا الانذار يعتبر ساريا بالنسبة للدفعات المقبلة[١] . والقاعدة أن اثبات التقصير يجب أن يحصل بورقة رسمية كانذار أو تنبيه رسمى. ولكن العرف التجارى جرى على جواز حصوله بالخطابات[٢] أو بالتليفونات[٣] وعلى الخصوص اذا ثبت علم المدعى عليه بالخطاب ، ويجوز إثبات إرسال الخطاب بين التجار بدفتر الكوبيا أو المكاتبات[٤] .

جواز الفسخ بدون حكم أو بدون إثبات التقصير — ليس فى اشـتراط الإنذار أو التكليف بالوفاء شىء من النظام العام ، لأنه انمـا اشترط لمصلحة المتعهـد ولاعطائه فرصة للوفاء ولاعلانه بعزم الدائن على اقتضاء التعهـد . ولذلك إذا رفعت دعوى الفسخ ولم يدفعها المدعى عليه بعدم سـبق تكليفه بالوفاء بل ناقش فى نتائج وأسباب عدم الوفاء فيه فيعتبر أنه قبل الفسخ بدون سبق إثبات تقصيره[٥] . ولذلك أيضا أجازوا لكل من البائع والمشترى أن يتفق على فسـخ البيع بدون حاجة إلى انذار[٦] أو تكليف أو حكم . ولكن أثر الاتفاق يتوقف على الصيغة التى تستعمل لأداء هـذا الغرض . فاذا اكتفى البائع بالنص على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه فلا يعفيه ذلك من وجوب التكليف ، وإنمـا يترتب عليه عدم جواز إعطاء مهلة للمشترى فى دفع الثمن . أما اذا نص صراحة على أن العقد يعتبر مفسوخا

(١) س م ١٩٠٥/٥/١٠ الجداول العشرية ٢ نمرة ٤٠٤٤

(٢) س م ٢/٣ ، ٢٩١٦ ١٠/٣١ مج ت م ٢٨ ص ١٣٥ ، ٣٥

(٣) س م ١٩١٣/٢/١٢ مج ت م ٢٥ ص ٢٨٧

(٤) س م ١٨٨٩/٥/١٦ مج ت ١ ص ٢٠٢

(٥) س م ١٨٩٦/٣/٢٦ مج ت م ٨ ص ١٧٨

(٦) س م ١٢/١٨ ، ١٩٣٣/٥/٢ مج ت م ٣٦ ص ٨٦ ، ٣٥ ص ٤٢٠

من تلقاء نفسه و بلا حاجة إلى انذار أو تكليف ففى هذه الحالة يفسخ العقد حقيقــة من تلقاء نفسه و بدون الالتجاء الى المحكمة بمجرد حصــول التأخير . وهذا التفريق مبناه نص المــادة ٤١٦/٣٣٤م ا م التى تقضى بأنه إذا اشترط فسخ البيع (من تلقاء نفسه) عند عدم دفع الثمن فليس للمحكمة أن تعطى ميعادا للمشترى بل ينفسخ البيع اذا لم يدفع المشترى الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيها رسميا إلا اذا اشترط فى العقد أن يكون مفسوخا بدون احتياج الى تنبيه رسمى". والفسخ هنا مقرر لمصلحة البائع فليس للشترى أن يتمسك به إذا أصر البائع على تنفيذ الصفقة .

ولم يشر القانون إلى حق المشترى فى اشتراط الفسخ بدون حاجة إلى إنذار . ومع ذلك فمن الصعب التفريق بين المشترى والبائع من هذا الوجه . ولذلك قضت المحاكم بأن المشترى له حق فسخ البيع بدون إنذار إذ اشترط ذلك[1] . وقضت أيضا بأن لا حاجة لانذار البائع إذا ظهر من الظروف أن وصــول البضاعة فى الميعاد كان معتبرا شرطا أساسيا للعقد[2] كما لو نص على وجوب وصولها فى الوقت المناسب En temps utile .

١٨٨ — الفسخ بحكم القانون وبدون سبق إنذار أو تنبيه — نص المشرع فى المــادة ٤١٨/٣٣٥ م أم على حالة يفسخ فيها البيع بحكم القانون، أى من تلقاء نفسه و بدون إنذار حتى ولو كان الطرفان لم يتفقا على عدم لزوم الإنذار . وتلك هى حالة بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة اذا حدد فى العقد ميعاد لاستلامها ودفع الثمن . فقد قضت هذه المــادة بأن البيع يكون مفسوخا

---

(١) س م ٢٣/٤/١٩٢٤ مج ت م ٣٦ ص ٢٣٣

(٢) س م ٢٩/٥/١٩١٢ ، ١٢/٢/١٩١٣ مج ت م ٢٤ ص ٣٦٨ ، ٢٥ ص ١٧٠

حتما إذا لم يدفع المشترى الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج إلى تنبيه رسمى . و إذا كانت المـادة لم تتكلم الا عن عدم دفع الثمن فلا شك أنها تسرى أيضا فى حالة امتناع المشترى عن استلام البضاعة ، خصوصا وأن المـادة ١٦٥٧ مدنى فرنسى التى أخذت عنها هـذه المـادة ترتب فسخ العقد على عدم استلام المشترى للبضاعة . على أننا نلاحظ أن المشترى الذى يمتنع عن استلام البضاعة يمتنع فى الوقت نفسه عن دفع الثمن وأن الامتناع عن دفع الثمن يلازمه دائما الامتناع عن استلام البضاعة، ولذلك يعتبر نص المشرع المصرى على عدم دفع الثمن أقوى من نص المشرع الفرنسى على عدم الاستلام ، لأن عدم الاستلام يلازمه أو يستفاد منه كما قدمنا . ولا شك أن حكم هذه المـادة يسرى فى حالة ما إذا تقدم المشترى لاستلام البضاعة فى الميعاد المحدد ولكنه امتنع عن دفع الثمن، لأن هذه هى الحالة التى يسرى عليها النص. إلا أنه اذا كان الثمن مؤجلا إلى أجل أبعد من الأجل المحدد للاستلام لم يفسخ البيع لأن البـائع يكون مكلفا بالتسـليم ولو لم يقبض الثمن لرضاه بتأجيـله[1] . ولا فرق بين أن يكون الميعاد محـددا بالاتفـاق الصريح أو بالعرف اذ يعتبر المتعاقدان راضيين به ضمنا[2] .

و يلاحظ أن الفسخ فى هذه الحالة أيضا مقرر لمصلحة البائع[3] ، بمعنى أن المشترى لا يجوز له التمسك به إذا أصر البائع على تنفيذ العقد، إذ الفرض

---

(١) قارن س م ١٣/٣/١٩٠٤ ، ٢٨/١/١٩٢٠ مج ت م ١٦ ص ١٦٧ ، ٣٢ ص ١٤٦ وانظر ڤال وملش بند ٨٠٣ ص ٤٣٥

(٢) كما هى الحال فى إرسال البضاعة بطريق البوسـتة محولة بالثمن فان العرف جرى بأن يدفع عند وصول البضاعة واستلامها س ٢٩/٥/١٩٢١ محاماة ٢ ص ٤٢

(٣) وهذا بالرغم من أن المـادة لم تذكر ذلك ولأن المـادة الفرنسية ١٦٧٥ التى أخذت عنها المـادة المصرية صرحت بأن الفسخ فى هذه الحالة مقرر لمصلحة البائع **Au profit du vendeur** وهذا معقول . إذ لو كان للشترى أن يتمسك بالفسخ فى هذه الحالة لأمكنه أن يتملص من العقد كلما أراد بأن يمتنع عن الاستلام ودفع الثمن .

أن المشترى مقصر بامتناعه أو تأخره عن استلام البضاعة ودفع الثمن . وليس للمقصر أن يستند الى تقصيره للتملص من العقد . ولكن من جهة أخرى ليس للمشترى أن يرغم البائع على تنفيذ العقد إذا اختار البائع فسخه ، فلا يجوز له أن يجبر البائع على قبض الثمن أو أن يعرضه عليه أو أن يودعه على ذمته ليعيد العقد إلى الحياة بعد أن يكون انقضى بالفسخ من جانب البائع .

ويشترط لفسخ البيع بحكم القانون وبدون حاجة الى تنبيه طبقا للمادة المتقدمة أن يكون البيع واقعا على بضائع أو أمتعة منقولة . ولا فرق فى ذلك بين أن تكون من المنقولات المادية أو المعنوية كالأسهم والسندات وغيرها من الأوراق التى يكثر التعامل بها فى الأسواق والبورصات .

١٨٩ — أهمية الفسخ بحكم القانون وبدون تنبيه فى البيوع التجارية — ويلاحظ أن لفظ البضائع لم يرد فى المادة ١٦٥٧ مدنى فرنسى التى أخذت عنها المادة المصرية . وقد كانت موجودة فى مشروع القانون المدنى وحذفت منه عند سنه . ولكن حذفها كما يقول الشراح فى فرنسا لم يقصد منه عدم سريان المادة على البيوع التجارية . بل كان لأن واضعى القانون المدنى أرادوا أن يتركوا لواضعى القانون التجارى مهمة الفصل فيما إذا كان حكمها يجب الأخذ به فى بيع البضائع التجارية ، فلما أغفل هؤلاء النص على هذه الحالة وعلى غيرها من أحوال البيع على العموم أصبح من الواجب القول بالرجوع الى حكم القانون المدنى وبسريان حكم المادة ١٦٥٧ مدنى فرنسى على البيوع التجارية . وبهذا المعنى يفسرها القضاء فى فرنسا (١) ، خصوصا وأن تطبيقها فى بيع البضائع فى البيوع التجارية

---

(١) نقض فرنسى ١١/٧/١٨٨٢ سيرى ٤٧٢/١/٨٢ ، دالloz ٣٤٠/٢/١٨٨٣

أدعى منه فى بيع المنقولات فى البيوع المدنية ، لأن التاجر يعتمد على السرعة فى إنجاز الصفقات أو فى التخلص منها خوفا من تقلب أسعار البضاعة [١]. فاذا ألزمناه بوجوب عمل إنذار أو تنبيه رسمى والالتجاء إلى القضاء ليحكم له بفسخ البيع لأصابته خسارة كبيرة اذا هبطت الأسعار فى أثناء الاجراءات وكان بائعا أو إذا ارتفعت فى تلك الفترة وكان مشتريا ، لأنه فى الحالة الأولى قد تهبط الأسعار هبوطا كبيرا قبل أن يتمكن البائع من إعادة بيعها بثمن مساو لثمن العقد أو بخسارة قليلة . وفى الحالة الثانية قد يرتفع السوق ارتفاعا كبيرا فلا يتمكن المشترى من تغطية نفسه Se couvrir. se remplacer بشراء بضاعة أخرى من السوق بثمن يقارب ثمن العقد أو يساويه فيضيع عليه المكسب الذى كان ينتظره . نعم إن لكل منهما أن يطالب بالتضمينات ولكنها قد تكون قليلة الجدوى إذا أعسر المحكوم بها عليه [٢] أو أفلس. ومن هنا نشأ أيضا حق البائع فى إعادة البيع على مسئولية المشترى وحق المشترى فى الاستعاضة عن المبيع من السوق Faculté de remplacement اللذين هما فى الواقع نتيجة من نتائج فسخ البيع وإن كان من الممكن أيضا اعتبارهما طريقة غير مباشرة للتنفيذ العينى أو صورة من صوره فى البيوع التجارية .

وإذا كان هناك شك عند بعض الكتاب[٣] فى فرنسا فى صحة الفسخ بحكم القانون وبدون إنذار فى البيوع التجارية لسقوط لفظ البضائع من المادة ١٦٥٧ م ف فمثل هذا الشك لا محل له فى مصر للنص على البضائع

(١) ليون كان ورينو بند ٦٢٣ ص ٢٦٧

(٢) المرجع المتقدم .

(٣) المرجع المتقدم .

بالذات . والنص عليها مع العلم بما دار حولها فى فرنسا دليل قاطع على أن المشرع المصرى أخذ برأى القضاء الفرنسى وأنه أراد سريان حكمها على بيع البضائع فى البيوع التجارية كما تسرى فى البيوع المدنية .

١٩٠ — ما يترتب على الفسخ — نذكر هنا أولا آثار الفسخ بوجه عام أى مهما كان موضوع البيع ثم نذكر ثانيا ما يعتاد التجار عمله على أثر فسخ البيع فى البضائع .

أولا — ما يترتب على فسخ البيع بوجه عام ؟ — يترتب عليه كل ما يترتب على تحقق الشرط الفاسخ الضمنى . وبما أن الشرط الفاسخ الضمنى له أثر رجعى فلذلك يعتبر العقد كأنه لم يكن ويجب إعادة كل من البائع والمشترى الى مركزه قبل إتمام العقد (١) . فيكون للبائع استرداد المبيع وما أنتجه فى يد المشترى من المنفعة أو الثمرات سواء أكانت طبيعية أم صناعية ، بشرط أن تكون موجودة بعينها فى يد المشترى ولم يستهلكها و إلا وجب عليه رد قيمتها . ويجب رد المبيع بحالته التى كان عليها وقت العقد إلا إذا كان قد هلك أو تلف بحادث جبرى أو قوة قاهرة أو بمرور الزمن فيهلك أو يتلف على البائع ، لأن أثر الفسخ يجعله كأنه لم يخرج من ملكه فيقع التلف والهلاك عليه . وفى مقابل ذلك إذا زادت قيمة المبيع بأسباب طبيعية أو اقتصادية كأن التصق به غيره أو ارتفع سعره فى السوق فلا حق للمشترى فى الزيادة ، لأن الفسخ يجعله غير مالك من وقت العقد . أما إذا كان الهلاك أو التلف حاصلا بخطأ المشترى أو إهماله فيجب عليه ضمانه للبائع .

هذا عن أثر الفسخ بالنسبة للبائع . أما المشترى فيكون له استرداد الثمن الذى دفعه وفوائده . وكذلك يكون له أن يسترد من البائع جميع المصاريف

---

(١) س م ١٣/١١/١٩١٣ ، ٢٧/٤/١٩١٥ مجـ ت م ٢٦ ص ٢٣ ، ٢٧ ص ٣٦٨

الضرورية التي أنفقها فى حفظ المبيع وصيانته دون المصاريف الكمالية . أما المصاريف النافعة التي وإن لم تكن ضرورية إلا أنها تزيد فى قيمة المبيع كالتحسينات التي يدخلها المشترى على المبيع فليس له الا الأقل من قيمتها أو قيمة الزيادة التي تحدث بسببها فى البيع ، بمعنى أنه لا يسترد الا قيمة الزيادة التي حصلت فى المبيع إذا كانت أقل من المصاريف التي أنتجتها ، وإذا كانت المصاريف أقل منها لم يكن له غير ما صرفه . وفوق ما تقدم فلكل من الطرفين أن يطالب الآخر بالتضمينات (١) عما لحقه من الضرر بسبب الفسخ ، بشرط ألا يكون هو مقصرا فى تنفيذ واجباته ولم تمنعه من تنفيذها قوة قاهرة . وللقاضى أن يحكم بوقوع المقاصة بين ما يطلبه أحدهما وما يطلبه الآخر إذا توافرت شروطها .

ويلاحظ أنه لا فرق فى الأحكام المتقدمة بين أن يكون الفسخ بحكم المحكمة أو بحكم القانون وبدون مقاضاة ، كما يلاحظ أن أثر الفسخ يسرى لا بين المتعاقدين فقط بل بالنسبة لغير المتعاقدين أيضا . ومع ذلك فهذا الحكم الأخير ليس له أهمية تذكر فى البيوع التجارية ، لأنها تقع على المنقولات وقاعدة الحيازة فى المنقولات تعترض تطبيقه فى الأحوال العادية. ولذلك إذا تصرف المشترى فى المبيع المنقول إلى مشتر ثان حسن النية ثم فسخ

---

(١) ويلاحظ أنه اذا اتفق فى عقد البيع على شرط جزائى عن كل يوم من أيام التأخير فى تسليم المبيع ثم اختار المشترى فسخ العقد فليس له أن يطالب بالشرط الجزائى . انما يجوز له أن يطالب بتعويض ما لحقه من الضرر فقط س م ١٩١٨/٢/٧ مج ت م ٣٠ ص ٢١٥ ويعتبر صحيحا الشرط الذى يقضى بأنه فى حالة عدم دفع باقى الثمن وفسخ البيع يحتفظ البائع بما قبضه مقدما من الثمن على سبيل التعويض س م ١٩١٦/٦/٢٦ مج ت م ٢٨ ص ٤٤٦

ولا يعتبر شرطا جزائيا كون البائع يطلب جزءا مقدما من الثمن كضمان لدفع الباقى وعلى سبيل التعويض فى حالة عدم تنفيذ المشترى للعقد . وعلى ذلك يجوز فى حالة عدم قيام المشترى بالتنفيذ أن يحتفظ البائع بما دفع له ولا يلزم باثبات حصول ضرر له س م ١٩٢٢/٢/١ مج ت م ٣٤ ص ١٤٢ مع أنه لو كان شرطا جزائيا لالزام باثبات الضرر س م ١٩٢٥/١٢/٩ مج ت م ٣٨ ص ٩١

البيع بين البائع والمشترى الأول لم يؤثر هــذا الفسخ بالنسبة للمشترى الثانى ، وحينئذ لا يلزم المشترى الأول إزاء البائع إلا بالتضمينات إذ يستحيل عليه رد المبيع . على أنه إذا لم يكن المشترى الثانى قد استلم المبيع فعلا فان الفسخ يسرى عليه و يجوز للبائع استرداده لأن القاعدة لا تطبيق لها هنا .

سقوط حق الفسخ — يسقط حق الفسخ بالتنازل عنه ولو بعد طلبه من المحكمة وقبل الحكم به نهائيا. ولا تعتبر المطالبة بتنفيذ العقد تنازلا، لأن لكل من البائع والمشترى أن يعدل عن الطلب و يطلب الفسخ ما لم يكن قد صدر به حكم نهائى . و يسقط حق الفسخ أيضا بافلاس المشترى وعلى الخصوص اذا دخلت البضاعة فى حوزته قبل الافلاس (٣٥٤/٣٦٤ ا ت ا م). وكذلك يسقط بمضى المدة .

١٩١ — ثانيا — مايترتب على الفسخ فى بيع البضائع ؟ — يترتب على الفسخ فى بيع البضائع أثران زيادة على الآثار العامة . وهذان الأثران هما : (١) جواز إعادة بيعها على مسئولية المشترى ، (٢) حق المشترى فى الاستعاضة عنها بغيرها من السوق . وفيما يلى شرح كل منهما :

(١) إعادة البيع على مسئولية المشترى — رأينا فى بندى ١٨٨ و ١٨٩ أن بيع البضائع يعتبر مفسوخا بحكم القانون و بدون حاجة الى إنذار أومقاضاة إذا حدد للمشترى ميعاد لدفع الثمن واستلام البضاعة وامتنع أو تأخر عن الاستلام ودفع الثمن . وعرفنا أن العلة فى ذلك هى تمكين البائع من تفادى هبوط الأسعار إذا ألزم بطلب الفسخ بمراعاة الاجراءات القانونية . ويلزم من ذلك أنه يجوز للبائع أن يتصرف فى البضاعة ببيعها فورا بدون حاجة إلى أى إجراء رسمى . و يحصل البيع فى هذه الحالة لذمة وحساب البائع Pour son propre compte ولكن على مسئولية المشترى Aux risques et perils de l'acheteur بمعنى أن البضاعة اذا بيعت بثمن أعلى من الثمن

المتفق عليـه فى العقد كان للبائع الاحتفاظ بالزيادة لأن البضاعة لم تخرج من ملك البائع بالبيع لفسخه . أما اذا بيعت بأقل من الثمن المحدد فى العقد فيلزم المشترى بالفرق على سبيل تعويض البائع عما لحقه من الضرر بسبب إخلال المشترى بواجبه . و إذا كان للبائع الحق فى البيع بدون اتخاذ إجراءات قانونية فان ذلك لا يمنعه طبعا من الحصول على أمر من قاضى الأمور المستعجلة ببيع البضاعة بالمزاد والحصول على ثمنها . ولكن يجب على البائع وألا يتوانى فيه حتى لا تنخفض الأسعار فيتضرر المشترى بسبب زيادة الفرق الذى يلزم به بدون مبرر. فاذا توانى بدون مبرر أكثر من المدة المعقولة والكافية لاجراء البيع لم يجز له مطالبة المشترى بغير الفرق بين ثمن العقد والثمن الذى كان يجب أن يحصل عليه من بيع البضاعة او حصل البيع فى المدة المعقولة . وتطبيقا لذلك حكم بأن البائع الذى يحصل على إذن ببيع البضاعة من قاضى الأمور المستعجلة لامتناع المشترى عن دفع الثمن لا يجوز له إذا لم يجر البيع فى خلال الشهر الذى حصـل فيه الاذن أن يطالب بغـير الفرق بين الثمن المحدد فى العقد وثمنها فى الشهر المذكور(١) . وحكم مرة أخرى بسقوط حقه فى الالتجاء لقاضى الأمور المستعجلة للحصول على إذن بالبيع بالمزاد إذا سكت أكثر من سنة ، خصوصا إذا كان قد باع جزءا من البضاعة فى تلك المدة بدون الالتجاء الى القضاء (٢) .

(٢) حق الاستعاضة أو التغطية Faculté de remplacement — كما يجوز للبائع أن يعيد بيع البضاعة على مسئولية المشترى اذا امتنع المشترى

---

(١) س م ٢/١٢/١٩٢٢ مج ت م ٣٥ ص ١٢٨

(٢) س م ٢٢/٤/١٩٢٤ مج ت م ٢٧ ص ٣٥١

عن استلامها ودفع ثمنها فى الميعاد المحدد ، كذلك يجوز للمشترى اذا امتنع البائع عن تسليم البضاعة المبيعة أو تأخر فى تسليمها أن يشترى مثلها نوعا وصنفا من السوق على مسئولية البائع ، ويلزمه بفرق الثمن اذا اشترى بسعر أعلى . وله أن يفعل ذلك إما بعد الحصول على إذن من المحكمة أو بعد إنذار البائع بالتسليم . وإنما يجب عليه أن يبادر الى تغطية نفسه فى الحال أو على الأقل بدون تأخير لا مبرر له[1] كما هى الحال بالنسبة للبائع عند إعادة بيع البضاعة . وقد أجازت المحاكم للمشترى هذا الحق حتى لا تضيع عليه فرصة الكسب اذا امتنع البائع عن تسليمه البضاعة وكانت الأسعار فى صعود ، إذ لو كلف بوجوب الالتجاء الى القضاء ليحصل على فسخ البيع أولا لضاعت عليه فرصة الشراء بثمن منخفض والبيع بثمن مرتفع . وليس هناك نص فى القانون على هذه الحالة بالذات يشابه نص المادة ٤١٨/٣٣٥ م ا م التى نستند عليها لاعفاء البائع من الاجراءات القانونية عند إعادة البيع على مسئولية المشترى . ولكن المحاكم أجازتها اعتمادا على العادات فسوّت فى ذلك بين البائع والمشترى فى بيع البضائع . ومع ذلك فالتسوية غير تامة لأن المشترى ليس له أن يستعيض عن البضاعة المبيعة أو يغطى نفسه Se couvrir كما يقولون بدون إنذار البائع أو الحصول على إذن المحكمة مقدما . ويرى الكتاب[2] أنه مادام مبنى هذا الحق هو العادة فمن الممكن أن تقضى العادة باعفاء المشترى من شرط إنذار البائع أيضا قبل الشراء ، وبذلك تتم التسوية بين البائع والمشترى ، اذ يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بالنسبة لكل من البائع والمشترى بمجرد تأخر أحدهما عن الوفاء بما عليه من جانبه . ويرى فريق آخر من الكتاب[3] أن هذه الحالة ليست من أحوال الفسخ

(١) س م ١٩١١/٩/٢٧ مج ت م ٢٣ ص ٣٨٦

(٢) ملش وقال بند ٨٠١

(٣) عيسى باشا بند ١٢٥٦ والهلالى بك بند٥١٣ ص ٣٦٩

بل من أحوال التنفيذ العيني وأنها تطبيق للقاعدة العامة المقررة فى المادة ١٧٤/١١٧ م ا م التى تنص على أنه يجوز للدائن أن يتحصل على إذن من المحكمة بعمل ماتعهد به المدين . وعلى هذا الرأى لاتكون الاستعاضة فسخا للعقد بل تنفيذا له . وسواء اعتبرنا الاستعاضة صورة خاصة من صور الفسخ تقررت استثناء بحكم العادات التجارية أم اعتبرناها صورة من صور التنفيذ العيني طبقا للمادة ١٧٤/١١٧ م ا م فان الفرق بين الثمن المتفق عليه فى العقد وثمن الشراء يلتزم به البائع للمشترى بصفة تعويض عن عدم الوفاء أو التأخير فيه. إلا أنه تارة يقضى للمشترى بالفرق كله ، وذلك فى حالة حصوله على إذن المحكمة بالشراء مقدما ، وتارة يدخل فى حساب التعويض أو فى تقديره بحيث يجوز للمحكمة أن تقضى له به كله أو تقضى له بجزء منه بقدر ما وقع عليه من الضرر ، وذلك اذا كان المشترى اكتفى بانذار البائع ولم يحصل على إذن المحكمة[1] .

(١) ويلاحظ أن المشترى غير مكلف باثبات حصول ضرر آخر غير مجرد وجود فرق فى السعر س م ٢/١٩١٦/٢ مج ت م ٢٨ ص ١٣٥ ، وأنه إذا لم يستعمل حقه فى الشراء واكتفى بطلب الفرق فتقدير فرق السعر فى هذه الحالة لا يحسب على أساس نسبة الثمن المتفق عليه الى ثمن الشراء بل على أساس نسبة الثمن المتفق عليه الى ثمن البضاعة فى اليوم الذى كان يجب أن يحصل فيه التسليم س م ٣/١٤ ، ١٩١٧/٢/٢١ مج ت م ٢٩ ص ٢٩٥و٣٠٩ ، س م ١٩١٨/٢/٩ مج ت م ٣٠ ص ١٣٨ ، س م ١٩٢١/١٢/٢٢ مج ت م ٣٤ ص ٧١ ، س م ١٩٢٦/١/٢٠ مج ت م ٣٨ ص ١٩١ ، س م ١٩١٣/٥/١٤ مج ت م ٢٥ ص ٣١٦ — واذا استحق المشترى كل الفرق فلا أهمية لكونه أكبر من ثمن البضاعة المبيعة نفسه س م ١٩١٦/٥/٢ مج ت م ٢٨ ص ٢٨٦ ، ولكن اذا كان قد اتفق على شرط جزائى محدّد عن كل يوم تأخير فى التسليم فليس للمشترى أن يجمع بينه وبين الضرر بل يحكم له بقيمة الضرر فقط س م ١٩١٨/٢/٧ مج ت م ٣٠ ص ١٢١٥ ، ويلاحظ أنه فى حالة كون البضاعة المبيعة ليست من المثليات التى يمكن للمشترى أن يستعيض عنها بمثلها من السوق فورا بل أشياء مختلفة القيمة قد لا توجد كلها بمصر أو يصعب الحصول عليها فورا يكون للمشترى الحق فى تعويض تقدره المحكمة ولو لم يختلف ثمنها من وقت العقد الى الوقت الذى كان يجب فيه التسليم س م ١٩٢٧/١١/٣٠ مج ت م ٤٠ ص ٥٣

١٩٢ — (٢) حق الاسترداد — محل الاسترداد أن يكون الشيء المطلوب رده قد خرج فعلا من حوزة المسترد، وقد رأينا أن فسخ البيع يترتب عليه حتما رد المبيع للبائع ورد الثمن للمشترى. ولكن ليست هذه هى الحالة الوحيدة التى يجوز فيها الاسترداد، لأنه جائز أيضا فى حالة بطلان البيع لأى سبب من أسباب البطلان كالغلط والغش، وكذلك فى حالة البطلان بسبب كون المبيع مملوكا لغير البائع. فللمشترى اذا علم بعدم ملكية البائع لما باعه له أن يطلب البطلان وفى هذه الحالة يَرد المبيع ويُرد إليه الثمن.

ويلاحظ أن الاسترداد فى الأحوال المتقدمة إنما يحصل بعد زوال أثر العقد إما بالفسخ أو بالبطلان. ويهمنا أن نعرف هل يجوز الاسترداد أثناء قيام العقد أى قبل فسخه أو بطلانه؟ طبعا لا يجوز إذا لم يكن أحدهما سلم الآخر شيئا بل لا محل للكلام عليه فى هذه الحالة، لأن محله كما قدمنا أن يكون الشيء المطلوب رده قد خرج من حوزة المسترد. وخروجه منها يمكن تصوره فى حالة تسليم المبيع للمشترى أو دفع الثمن للبائع. وفى هذه الحالة إذا كان التسليم من الجانبين حصل وفقا لشروط العقد وتنفيذا له فلا يجوز لأحدهما أن يسترد ما خرج من يده ولو كان الطرف الآخر أخل بواجبه. وكل ما له هو أن يطلب الفسخ ليتمكن من الاسترداد أو أن يكتفى بطلب التعويض.

ولكن هذه القاعدة لها استثناء فى حالة الافلاس طبقا لأحكام قانون التجارة (٣٥٤/٢٨٢ م ا م). فقد أجاز القانون التجارى استثناء للبائع أن يسترد البضائع المبيعة اذا أفلس المشترى قبل دفع ثمنها كله أو بعضه وقبل أن تصل إلى مخازنه أو مخازن وكيله بالعمولة المكلف ببيعها لحسابه (٣٩٨/٣٨٣ ت ا م)، بشرط ألا يكون المفلس قد تصرف فيها بالبيع بدون غش وهى فى الطريق بمقتضى الأوراق المثبتة لملكيتها كالفواتير

وحافظة الشحن أو تذكرة النقل الموقع عليها من المرسل (٣٩٩/٣٨٤ت أم)، وبشرط ألا يكون البائع قد أرسلها بناء على أمر المفلس إلى من اشتراها منه (٤٠٠/٣٨٥ م أ م). ولم يعط القانون التجارى للمشترى حق استرداد الثمن من البائع اذا أفلس . وقد ذهب كثير من الكتاب[1] الى القول بأن المشرع التجارى وإن كان قد تكلم فى هذه المواد على الاسترداد الا أنه فى الواقع يقصد الفسخ. ولو كان الأمر كذلك لكان من الصعب أن نفهم كيف يجوز للسنديك باذن مأمور التفليسة أن يطلب من البائع تسليم البضاعة فى مقابل دفع ثمنها المتفق عليه بين البائع والمشترى (٤٠٣/٣٨٨ ت أ م) . إن هذا يدل على أن العقد لايزال قائما رغم استعمال البائع حقه فى الاسترداد ، فليس الاسترداد هنا إذن فسخا للبيع ، وانما هو كما يقول ليون كان ورينو [2] استرداد بقصد إعادة البضاعة ليستعمل علالتا البائع بعد إعادتها حقه فى الحبس إلى أن يخلص بكل الثمن .

وفيما عدا حالة الافلاس لا يجوز الاسترداد حتى ولو كان تسليم المبيع حصل قبل دفع الثمن ما دام التسليم اختياريا من جانب البائع أى برضاه، وسواء أكان هناك أجل للتسليم أو لم يكن ، لأن البائع يعتبر متنازلا فى هذه الحالة عن الأجل . ويعتبر التسليم تنفيذا للعقد فيسقط حقه فى الاسترداد، والساقط لا يعود . وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ٣٢١/٢٨٠ م أ م . وكذلك اذا دفع المشترى الثمن باختياره قبل حلول الأجل لم يجز له استرداده الى أن يحين الأجل لنفس السبب المتقدم . وذلك رغم أن القانون لم ينص عليه صراحة كما نص عليه فى حالة تسليم المبيع لأنه مستفاد من القواعد العامة

---

(١) ملش وثال بند ٨٠٠ ص ٤٣٢ ، الهلالى بند ٧١٦ ص ٤٩٤

(٢) ليون كان ورينو بند ٤١٩ ص ٣٦٦ — ٣٦٧

فى باب التعهدات الأجلية (١٠١ /١٥٥ م أ م) . أما اذا كان التسليم حصل بغير رضاء البائع واختياره كان وضع المشترى يده على المبيع بدون إذن البائع فلا يعتبر ذلك تنفيذا للعقد من جانبه ولا يسقط حقه فى استرداد المبيع الى أن يدفع المشترى الثمن. وهذا مفهوم من المادة ٢٨٠/٣٢١ م ا م السالفة الذكر. وهى لم تنص على مثل ذلك بالنسبة للمشترى الذى يدفع الثمن قبل الأجل . ويظهر أن السبب فى ذلك هو أنه لا يتصور أن يضع البائع يده على الثمن بغير رضا المشترى . ولكن يجوز أن يكون المشترى قد دفع الثمن خطأ معتقدا ملزوميته بدفعه فتسرى عليه المادة ١٤٥/٢٠٦ م ا م الخاصة برد ما دفع بغير استحقاق .

ويلاحظ قبل ترك هذا الموضوع أن الاسترداد حين جوازه يقع على المبيع وملحقاته وزوائده وعلى الثمن وفوائده .

١٩٣ — (٣) حق الحبس — معناه امتناع البائع عن تسليم المبيع واستبقائه فى يده الى أن يحصل على الثمن وامتناع المشترى عن دفع الثمن الى أن تسلم له ملكية المبيع والانتفاع به انتفاعا هادئا . ومحل الحبس ألا يكون المبيع قد سلم فعلا الى المشترى ، فاذا كان لا يزال فى طريقه الى المشترى فقد رأينا فى البند السابق أن البائع يجوز له استرداده ليتمكن من حبسه [1] بشرط أن يحصل الاسترداد قبل أن يصل المبيع الى مخزن المشترى أو مخزن وكيله . ويجوز له استرداده ولو كان قد سلم الى المشترى الأوراق الدالة على ملكيته كتذكرة النقل أو بوليصة الشحن والفواتير. وكذلك الثمن محل حبسه الا يكون دفع للبائع أو وكيله فعلا .

(١) هذا يؤيد رأينا الذى أبديناه فى البند السابق وهو أن الاسترداد فى هذه الحالة ليس فى الواقع فسخا للبيع كما يقولون إنما هو وسيلة لاستعمال حق الحبس مع قيام البيع .

حق الحبس من جانب البائع — وحق البائع فى حبس المبيع يثبت له إذا كان الثمن يجب دفعه فورا والى أن يدفع الثمن كله. ولا يؤثر فى حقه كون المشترى يعرض كفيلا لضمان دفع الثمن، لأن المراد بالحبس هو اقتضاء الثمن لا ضمانه كما يقولون. أما اذا كان الثمن مؤجلا سواء بالعقد أو باتفاق لا حق له فليس للبائع حق الحبس إلا اذا كان متفقا على تأجيل تسليم المبيع أيضا. ومع ذلك ففى هذه الحالة لا يجوز له حبس المبيع بعد انقضاء الأجل ولو كان أجل دفع الثمن أو الباقى منه لم يحل بعد (٢٧٩/٣٥٠ م ا م)، لأن فى قبوله التأجيل وثوق بمقدرة المشترى على الوفاء واطمئنان يترتب عليه سقوط حق الحبس ولكن إذا انعدمت هذه العلة بافلاس المشترى بعد البيع أو باضعاف التأمينات التى قدمت للبائع لضمان الوفاء بالثمن عاد للبائع حق الحبس، بشرط ألا يكون قد سلم المبيع للمشترى فعلا سواء قبل إفلاسه أو بعده (٢٨١/٣٥٣ م ا م) وليس ذلك إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى سقوط الأجل بالافلاس وضعف التأمينات (١٠٢/١٥٦ م ا م).

ومع ذلك اذا قدم المشترى للبائع كفيلا بالوفاء فلا يكون للأخير حق الحبس رغم إفلاس المشترى أو ضعف تأميناته الأولى اذ لا خوف على الثمن حينئذ من الافلاس (٢٨١/٣٥٣ م ا م).

سقوط حق البائع فى الحبس — ويسقط حق البائع فى الحبس بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا كما لو سلم المبيع للمشترى رغم عدم دفعه الثمن أو إعطائه أجلا لدفعه، مع مراعاة ما قلناه آنفا فى تأثير الافلاس أو ضعف التأمينات على حق الحبس. وفى المختلط يسقط حق الحبس أيضا إذا حول البائع شخصا آخر بالثمن على المشترى (٣٥٣ م م). وقد أخذ هذا النص من الشريعة الاسلامية (٤٥٦ مرشد الحيران)، وعلته أن البائع يعتبر كأنه استوفى الثمن من المحال.

فلا مصلحة له فى الحبس. وفى جواز الأخذ بهذا السبب لاسقاط حق البائع فى الحبس فى القانون الأهلى خلاف فى الرأى . ويظهر لى أن الرأى القائل بعدم جواز الأخذ به فى القانون الأهلى أوفق لأن المحيل مكلف بنقل التأمينات إلى المحال وحق الحبس ضمان لدفع الثمن المحال به، فاذا قلنا بسقوط حق الحبس فى حالة الحوالة بالثمن لعجز البائع عن نقل هذا الضمان للمحال(١) .

ويلاحظ أنه اذا هلك المبيع فى يد البائع أثناء الحبس يهلك على المشترى رغم حصوله قبل التسليم ، وذلك لأن المشترى مخطئ بعدم دفع الثمن واستلام المبيع . وقد عرفنا أن القاعدة فى القانون المصرى هى أن الهلاك وإن كان على البائع قبل التسليم إلا أنه يقع على المشترى إذا كان مقصرا فى الاستلام. ونلاحظ أيضا أنه لما كان الغالب فى البيوع التجارية أن يكون الثمن مؤجلا فالغالب أيضا أن البائع فيها لا يكون له حق الحبس إلا فى حالة الافلاس على التفصيل الذى قدمناه .

حق الحبس من جانب المشترى — أعطى المشرع للمشترى حق حبس الثمن اذا حصل له تعرض فى وضع يده على المبيع من الغير بدعوى حق له سابق على البيع أو ناشئ من فعل البائع ، أو اذا ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية (٣٣١/٤١١م أ م) . ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يقدم كفيلا يضمن الثمن للمشترى، فيلزم المشترى حينئذ بدفعه للبائع ولا يكون لهذا الأخير حبس المبيع . ويجوز للمشترى أيضا حبس الثمن فى حالة ما إذا تبين له أن المبيع مملوك لغير البائع ولو لم يحصل له تعرض . لأن له فى هذه الحالة حق طلب بطلان البيع (٢٦٤/٣٣٣ م أ م) واسترداد الثمن إذا كان دفع ، فمن باب أولى يكون له حبسه إذا لم يدفع .

(١) من الرأى الذى تقول به الهلالى بند ٥٢٧ ص ٣٣٩ ، جرانمولان بند ٧٧ ومن الرأى الآخر عيسى باشا بند ١٢٧٧

وهذه النصوص وإن كانت عامة وتسرى فى بيع العقار والمنقول على حد سواء إلا أن أهميتها فى الواقع لا تظهر إلا فى بيع العقارات وعلى الخصوص حق الحبس للتعرض فى وضع اليد أو للخوف من نزع الملكية . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقاعدة حيازة المنقول دليل الملك يحمى المشترى حسن النية إزاء مالك المنقول الذى بيع بغير إذنه أو علمه . ولذلك فمجال تطبيق هذه النصوص فى البيوع التجارية محصور جدا ولا محل لها فى بيع البضائع المعينة بالنوع على الخصوص .

١٩٤ — الحقوق الخاصة بكل من البائع والمشترى — لم يبق ما يشرح من الحقوق الخاصة بالمشترى ، فقد استبعدنا حقه فى تنقيص الثمن وفى الضمان وفى وضع يده على المبيع (بند ١٨٦) وشرحنا حقه فى الاستعاضة (بند ١٩١) . ولم يبق مايشرح من حقوق البائع الخاصة غير حق الامتياز ، لأننا استبعدنا حقه فى زيادة الثمن وتكملته وفى التنفيذ على أموال المشترى بالحجز أو البيع (بند ١٨٦) وشرحنا حقه فى إعادة المبيع على مسئولية المشترى (بند ١٥١) . وهاك شرح حق الامتياز :

١٩٤ مكرر — حق الامتياز — جاء فى المادة ٦٠١ فقرة ٧٢٧/٧ فقرة ٦ أن لبائع المنقول امتياز على المبيع بالثمن مادام فى ملك المشترى مع عدم الاخلال بالأصول المتعلقة بالموادالتجارية . واذا كانت المادة لم تتكلم الا عن الثمن الا أنه من المسلم به أن الامتياز يضمن للبائع كل جزء متأخر من الثمن وكذلك فوائده أيضا . ولكنه لا يضمن المبلغ المتفق عليه كشرط جزائى .

ويترتب على الامتياز أن البائع يمكنه عند امتناع المشترى عن دفع الثمن أن يطلب بيع المنقول المبيع بالمزاد واستيفاء ماله من الثمن والفوائد والمصاريف

مقدما على من عداه من دائنى المشترى . والسبب فى ذلك هو أن فى إمكان البائع فسخ البيع واسترداد المبيع عند عدم دفع الثمن والاستقلال به دون بقية الدائنين فلا معنى لأن يشاركوه فى ثمنه إذا اختار التنفيذ العينى ببيعه بالمزاد . أما القول بأن السبب هو أن البائع هو الذى أوجد المبيع فى حيازة المشترى وأن السماح للدائنين بمشاركته يعتبر إثراء من جانبهم على حساب البائع [1] فهراء .

شروط بقاء الهيئة لبقاء الامتياز — ويشترط لاستعمال حق الامتياز أن يكون المبيع لايزال موجودا بعينه فى ملك المشترى . فاذا كان موجودا ولكن تغيرت هيئته الأصلية بحيث لايمكن تعيينه أو تمييزه بذاته أو اذا اختلط بغيره اختلاطا لايمكن فصله سقط حق الامتياز . مثال ذلك خلط القمح المبيع بغيره أوخلط العسل بالطحينة أو تحويل الدقيق إلى خبز أو اللبن إلى زبدة أو خلط المواد الكيماوية فى تحضير الأدوية أو تغيير هيئتها بالتفاعل الكيماوى . ويستثنى من شرط بقاء الهيئة لبقاء الامتياز حالة بيع البذور اللازمة للزراعة كالتقاوى بذرا كانت أو عُقلا، لأنها معدة بطبيعتها للتحول إلى محصول بالزراعة . ولذلك نص المشرع (٦٠١ فقرة ٧٢٧/٤ فقرة ٣ م ا م) على أن بائع البذور يكون له امتياز على المحصول الناتج منها، أى على محصول السنة التى زرعت فيها لامحصول السنة التالية ولو أخذت بذوره من محصول السنة الأولى .

وكذلك تتغير هيئة المنقول إذا أصبح عقارا كأن كان من المواد المعدة للبناء واستعملت فيه، ولذلك لا ينتقل حق الامتياز الى البناء المكوّن منها . ولكن هيئة المنقول لا تتغير إذا أصبح عقارا بالتخصيص كالآلات اللازمة للزراعة . ولذلك فان الامتياز يبقى بالنسبة لها ما دامت باقية فى ملك المشترى (٦٠١ فقرة ٥ / ٧٢٧ فقرة ٤ م أ م) .

---

(١) مرسى بند ٥٤١ ص ٥٢٠

أما اذا لم يكن المنقول موجودا فى ملك المشترى فيسقط حق الامتياز. وعلى ذلك إذا هلك سواء بخطأ المشترى أو بدون خطئه سقط حق الامتياز. واذا لم يهلك ولكنه انتقل إلى حيازة آخر فيختلف الحكم باختلاف صفة الحائز. فاذا كانت يد الحائز يد أمين كأن كان مستعيرا أو مستأجرا للمنقول من المشترى لم يفقد البائع حق الامتياز، لأن المنقول لا يزال فى ملك المشترى وحيازته القانونية وان كانت الحيازة المادية لآخر. أما اذا كانت يد الحائز يد ملك بأن كان المشترى باعه لحائز ففى هذه الحالة نفرق بين ما إذا كان المنقول سلم للمشترى الثانى ودفع ثمنه للمشترى الأول أم لا. فان كان استلمه وهو حسن النية وقبض المشترى الأول ثمنه سقط امتياز البائع. واذا كان استلمه ولكن المشترى الأول لم يقبض ثمنه ففى الرأى خلاف، وبعضهم يرى سقوط الامتياز [1] معتمدا على أن الحيازة القانونية قد انتقلت الى المشترى الثانى والمشرع لم يقل ببقاء الامتياز إلا ما دام المنقول فى ملك المشترى. والبعض يرى بقاء الامتياز ويجيز للبائع حجز الثمن تحت يد المشترى الثانى والاستقلال به دون بقية الدائنين أو استيفائه متقدما على غيره من ثمن بيع المنقول بالمزاد [2]. ومثل هذا الخلاف واقع أيضا فى حالة ما إذا كان المشترى الثانى لم يستلم المنقول، لأن بعضهم يرى عدم سقوط الامتياز لبقاء المنقول فى يد المشترى الأول [3]. والبعض الآخر يرى سقوطه لأن يد المشترى الأول لم تعد يد ملك، ولأن الحيازة القانونية انتقلت الى المشترى الثانى فلا محل للامتياز [4].

---

(١) جرانمولان بند ٧٠٢

(٢) دى هلتس ١٣٦ وكولان وكابيتان ص ٨١٨

(٣) بلانيول ٢ بند ٢٦٢٩

(٤) جرانمولان بند ٧٠٢ ودى هلتس بند ١٣٥

و يلاحظ أن حق الامتياز ثابت على المنقول الموجود بعينه فى ملك المشترى سواء كان ماديا أو معنويا كالأسهم والسندات والمحل التجارى .

الافلاس وحق الامتياز — زيادة على الأحوال التى يسقط فيها امتياز البائع والتى أشرنا اليها آنفا نص المشرع على أن استعمال هذا الحق لا يخل بالأصول المقررة فى التجارة . والاشارة هنا هى إلى تأثير الافلاس على امتياز البائع المبين فى المادة ٣٦٠/٣٥٠ تجارى أهلى ومختلط وما بعدها، فانها لم تذكر البائع ضمن الدائنين الممتازين . وظاهر فيها أنها تريد أن تضيق من حقوق البائع قبل المفلس لأنها تحرمه من حق الفسخ والاسترداد بعد وصول البضاعة إلى مخزن المفلس ، ولذلك لا يجوز له بعد إفلاس المشترى أن يتمسك بامتيازه على الدائنين بثمن ما باعه للفلس . وقد أشرنا فيما سبق الى أن إمكان الفسخ والاسترداد هو فى نظرنا العلة التى بنى عليها الامتياز .

القسم الثانى

أنواع البيوع التجارية

١٩٥ — جرت عادة بعض الكتاب بأن يتكلموا تحت هذا العنوان[١] على كثير من الشروط والاصطلاحات التى اعتاد التجار استعمالها فى بيوعهم وأقر العرف معناها ومدى تأثيرها فى أحكام البيوع العادية وحقوق وواجبات المتبايعين . وليس من الصحيح إطلاقا القول بأنها أنواع من البيوع العادية ، خصوصا وأنها تتطلب كغيرها جميع الأركان اللازمة لانعقاد البيع .

(١) ليون كان ورينو ٣٦٨ وملش وقال ٤٣٦

وانمـا هى بيوع عادية يكثر فيهـا استعمال شروط أو اصطلاحات خاصة وتجرى على أوضاع معينة أقرها العـرف التجارى وحدد معناها تسهيـلا للعاملات التجارية وتوفير الوقت والمنازعات، ولذلك أيضا نعتبر أن الأستاذ شيرون كان موفقا حينما تكلم عنهـا فى كتيبه النفيس (١) تحت عنوان "اصطلاحات خاصة مستعملة فى البيوع التجارية" .

وبعض هذه الأوضاع أقرها المشرع وأصدر بها لوائح وقوانين خاصة لثبوتها واستقرارها على معنى واحد . وتكاد تنحصر هـذه القوانين فى مصر فى لوائح البورصات المختلفة التى نظمت البيوع التى تحصل فى البورصة على أساس العادات التى تكوّنت واستقرت فيها . أما فى البلاد الأخرى فالاهتمام بتدوين العادات التجارية أكثر مما هوعندنا ، ففى فرنسا مثلا صدرت قوانين زيادة على قوانين البورصة خاصة ببيع المحل التجارى ورهنه فى ١٩٠٩/٣/١٧ ، وأخرى خاصة بالمخازن العمومية ونظام التعامل فى البضائع المودعة بها فى ١٨٥٨/٥/١٢ و ١٨٧٠/٨/٣١ ، وأخرى خاصة بالمزادات العمومية لبيع البضائع بالجملة أو بالقطاعى فى ١٨٤١/٦/٢٥ و ١٨٥٨/٥/٢٨ و ١٩١٢/١/١٢ ، وأخرى خاصة بالعادات المتعلقة بوزن البضائع مثل القانون المسمى بقانون العادات سنة ١٨٦٦ . وفى هذه القوانين تهتم الحكومة بحماية الجمهور والثروة العامة ومصلحة التجارة عامة من تلاعب التجار ، كما فعلت فى القانون الخاص بتقييد المزادات العمومية بالجملة وبالقطاعى التى قد يترتب عليها تدهور الأسعار أو اضعاف الضمان العام الذى لدائنى التاجر على موجوداته أو تسهيل تصريف البضائع المسروقة . ولا شك

---

(١) شيرون بند ٨٣ وذكر تاليز البيوع التجارية فى مواقع مختلفة تبعا لشرح أحكام البيع على العموم وبمناسباتها . انظر بند ١٠١٢ — ١٠٤٩

أن الحكومة المصرية تحسن صنعا اذا هي نحت هذا النحو، لأننا في مستهل نشاطنا التجاري والصناعي، ولأننا أحوج الناس إلى هذه الحماية . والجمهور المصري الساذج أكثر حاجة اليها .

١٩٦ — تقسيم لا أهمية له وآخر لا بأس به — يرى بعضهم (١) تقسيم البيوع التجارية الى بيوع مضاربة Ventes de spéculation وبيوع استهلاك Ventes de consommation أو تموين Approvisionnement . وقد يسمى هذا النوع الأخير أيضا وعلى التفضيل بيوعا حقيقية Effectives . وبيوع المضاربة هي في الغالب بيوع آجلة أو (كونتراتات) تحصل عادة في بورصة البضائع أو كما يسمونها بورصة التجارة، والغالب أن تكون صورية Fictives لا يقصد تنفيذها لأن المتبايعين يضاربان لكسب الفرق بين سعر البضائع فعلا يوم حلول الأجل والسعر المحدد في العقد ، وقد يخسرانه . فمن كسب أخذ ومن خسر دفع الفرق بلا حاجة إلى تسليم بضاعة أو دفع ثمن . أما بيوع التموين أو الاستهلاك فهي التي يكون الغرض منها الحصول على البضاعة فعلا لتموين تجار الجملة والقطاعي وبيعها للمستهلكين . وهذه قد تحصل أيضا في البورصة خصوصا إذا كان المبيع كميات كبيرة ، وقد تحصل خارجها . ويعترض تالير على هـذه التسمية لأن البضاعة قد تكون لازمة لا للاستهلاك بل للصناعة أولا ، أي لتموين أصحاب المصانع والمغازل ومن إليهم . ولذلك يفضل تسميتها بالبيوع الحقيقية نظرا لأن تنفيذها مقصود حقيقة بتسليم البضاعة ودفع الثمن . ولكن الواقع أن اعتراض تالير لا محل له ، لأن البضاعة المطلوبة للصانع مآلها في النهاية إلى الاستهلاك ، وما الصناعة إلا خطوة أولى في سبيل إعدادها له . ثم إن مقابلة البيوع الحقيقية ببيوع المضاربة

---

(١) تالير و برسيرو بند ١٠٣١

غير دقيق أيضا ، لأن بيوع المضاربة قد يكون مقصودا تنفيذها فعلا بالتسليم ودفع الثمن .

لقد قلت إنه ليس هناك أنواع للبيوع التجارية وإنما هناك أوضاع واصطلاحات خاصة بها . وهذه الأوضاع والاصطلاحات تختلف باختلاف الأمكنة التى تحصل فيها التجارة ، وإن شئت فقل باختلاف نوع التجارة . فالتجارة إما بحرية أو برية . والبرية قد تحصر فى مكان معين يجرى فيه البيع على سلع معينة (البورصات) ، وقد تكون عامة فى مختلف البضائع والأمكنة وعلى هذا الأساس تقسم الاصطلاحات والأوضاع الشائعة فى البيوع التجارية الى الأقسام التالية وهى :

(١) الاصطلاحات والأوضاع الخاصة بالبيوع فى البورصة أو بتجارة البورصة .

(٢) الاصطلاحات والأوضاع الخاصة بالتجارة البرية عموما .

(٣) الاصطلاحات والأوضاع الخاصة بالتجارة البحرية .

ولن نتكلم هنا الا على القسمين الأخيرين ، أما الاصطلاحات والأوضاع الجارية فى البيوع فى البورصة فلن نتكلم عليها هنا ، لأنها : أولا من مقرر السنة الثالثة ، وثانيا لأن الكلام عليها هنا يجعل شرحها فى باب البورصات تكرارا . هذا عدا أن الكلام عليها تبعا للكلام على البورصات أنسب وأولى . وباستبعاد الاصطلاحات والأوضاع الخاصة بتجارة البورصة يصبح ترتيب التجارة البرية الأول والبحرية الثانى (ويلاحظ أن مقرر السنة الثالثة فى العقود البحرية ليس فيه البيع) .

(١)

الاصطلاحات الخاصة بالتجارة البرية عموما

١٩٧ — بعض الاصطلاحات المستعملة فى التجارة عموما يتعلق بأوصاف المبيع أو مرتبته ، وبعضها يتعلق بنقل ملكيته وهلاكه ، وبعضها يتعلق بثمنه وكيفية تحديده ، وبعضها يتعلق بمواعيد تسليم المبيع ودفع الثمن وبعضها يتعلق بطريقة البيع ، على أن هذا التحديد ليس قاطعا فقد يؤثر الاصطلاح أو العرف الذى يعبر عنه فى أكثر من مسألة واحدة من هذه المسائل . ولذلك فهذه الملاحظة تعتبر تقريبية وتفيد على الأكثر فى ترتيب الشرح .

أولا — الاصطلاحات المتعلقة بالمبيع

١٩٨ — يكثر فى بيع البضائع التجارية أن تكون بمقتضى عينة أو على نموذج أو بشرط التجربة أو المذاق ، كما يحصل فى بعض الأحوال أن يحتفظ التاجر بملكية البضاعة المبيعة مدّة معينة بعد البيع .

١٩٩ — (١) البيع بالعينة Vente sur échantillon — هذا البيع يكثر فى تجارة القطن ببورصة مينا البصل (بيع البضاعة الحاضرة) . وقد اهتمت لائحة بورصة مينا البصل الصادرة فى سنة ١٩٣١ بتنظيم إجراءات أخذ العينة ومضاهاة البضاعة المبيعة عليها وكيفية الفصل فى المنازعات التى تقع بين البائع والمشترى بسبب الادعاء من جانب أو من آخر بعدم مطابقة البضاعة للعينة . وكذلك يكثر البيع بالعينة فى تجارة الغلال بالأسواق المنظمة كساحل روض الفرج وساحل أثر النبي . وقد اهتمت اللوائح المنظمة لهذه الأسواق بمثل ما اهتمت به لائحة مينا البصل . وما ورد فى كل هذه اللوائح ليس إلا تطبيقا ،

بشكل يتفق مع عادات السوق ، للآثار القانونية التي تترتب على البيع بالعينة ولا بغير فيها شيئا . والآثار القانونية للبيع بالعينة تسرى سواء أحصل البيع فى الأسواق المنظمة أم لا ، لأن البيع بالعينة ليس وقفا على البضائع التى لها أسواق منظمة .

أحكام البيع بالعينة — يترتب على البيع بالعينة أن البائع يلزم بالسماح للمشترى بزيارة البضاعة بنفسه أو بواسطة خبير فى صنفها ينتدبه لمضاهاتها على العينة والتحقق من مطابقتها لها . وبمجرد ثبوت المطابقة يصبح البيع ملزما للمشترى ويجب عليه استلام البضاعة ودفع الثمن حسب الاتفاق والعرف . ولا فرق فى ذلك بين أن يكون ثبوت المطابقة حصل باعتراف المشترى صراحة أو ضمنا ، كأن تكون قطنا فنشّنه المشترى برضاه واختياره طبقا لعادات البورصة أو بقرار من أهل الخبرة الذين أحيل اليهم الفصل فى ادعاء عدم المطابقة أو بحكم المحكمة إذا رفع الأمر اليها .

وأهمية هذه الأحكام بالنسبة للتجار أنها توفر عليهم المنازعات الخاصة بأوصاف البضاعة وصنفها ومصدرها وما يضيع فى هذه المنازعات من الوقت والمصاريف ، لأن ثبوت مطابقة البضاعة للعينة Sa conformité à l'échantillon يمنع المشترى من الادعاء بأنها ليست من الصنف أو المصدر الذى كان يريده فى الواقع أو بأنها ليست بالأوصاف التى كان يظن أنه سيحصل عليها [1] ، لأن البضاعة معروضة عليه هى والعينة وله زيارتها ومعاينتها

---

(١) س م ٩/٦/١٩٢٧ مج ت م ٣٩ ص ٥٣٨ المذكورة فى هامش بند ١٧٩ آنفا ، س م ٢١/١٢/١٩٠٤ مج ت م ١٧ ص ٤٤ . والواقع أن هذا الحكم ليس فيه ما يخالف القواعد المدنية العامة المتعلقة بالعلم بالمبيع ورؤيته ٢٥٢/٣١٨ م ا م لأن العلم بالعينة أو رؤيتها يعتبر كرؤية المبيع نفسه أو العلم به . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية أيضا (٣٧٥ مرشد الحيران) .

ومضاهاتها ، فاذا أهمل المعاينة أو كان يجهل أصناف البضائع ولم يستعن بخبير فيها فلا يلومن إلا نفسه .

أما إذا لم تثبت عدم مطابقة البضاعة للعينة فللمشترى أن يرفضها لأن المطابقة شرط لوجود العقد ، أى شرط موقف إذا لم يتحقق لم يكن هناك بيع . ولا يكون إذن للبائع أن يطالب المشترى باستلامها وبأن يرد له الثمن [١]، وليس له أن يعرض على المشترى تخفيض الثمن إذا كانت من صنف أقل من صنف العينة أو لا تحتوى على بعض أوصافها ، كما ليس له المطالبة بزيادة الثمن إذا كانت من صنف أعلى. وطبيعى أنها إذا كانت من صنف أعلى ولم يطالب البائع بالفرق فليس فى مصلحة المشترى أن يرفضها لعدم مطابقتها للعينة ، وإن كان له حق الرفض قانونا لأن البضاعة الجيدة قد لا تصلح للغرض الذى أعدها له . ومن جهة أخرى لما كانت مطابقة البضاعة للعينة تعتبر مشروطة لمصلحة المشترى فله أن يقبلها وإن كانت من صنف أقل . وفى هذه الحالة يجوز له أن يطلب تخفيض الثمن بنسبة الفرق بين الصنفين .

ويلاحظ أن حق المشترى فى مضاهاة البضاعة على العينة لا يسقط إلا إذا عاينها بنفسه ماديا [٢] . ولذلك فالاصطلاحات المستعملة فى التجارة البحرية والتى من شأنها أن المشترى يعتبر أنه استلم البضاعة بمجرد شحنها فى ميناء القيام أو بمجرد وصولها إلى ميناء الوصول أو قبل ذلك أو بعده، كشرط

---

(١) س م ١٨/٥/١٨٩٩ و ٢٨/٥/١٣ مجـ ت م ٢٠ ص ٢٣١ و ٢٥ ص ٤٠٥

(٢) س م ٢٠/١/١٩٠٤ و ٢١/١/١٩٢٠ مجـ ت م ١٦ ص ٩٢ و ٣٢ ص ١٣٣ وملش وڤال بند ٧٨٧ ص ٤٢٧ ، وهذا أيضا ليس فيه مايخالف القواعد المدنية العامة لأنه فى حالة إرسال البضاعة بشرط التسليم فى محل البائع أو فى ميعاد القيام أو عند الشحن يعتبر أمين النقل وكيلا فى الاستلام عن المشترى . ومن المقرر أن معاينة وكيل المشترى فى الاستلام فقط لا تغنى عن معاينة المشترى نفسه إلا إذا كان وكيلا عنه فى المعاينة أيضا (الهلالى بند ١٦٤ وعيسى باشا بند ١٠٧٥) .

التسليم عند القيام أو عند الشحن أو تسليم المحل أو تسليم العربة وغير ذلك ، لا تمنع المشترى من معاينة البضاعة ومضاهاتها بالعينة [١] عند استلامها أو بعده بمدة معقولة بشرط ألا تطول المدة زمنا يكفى فواته لاعتبار المشترى موافقا عليها . ويلاحظ أن المدة القصيرة (ثمانية أيام) المقررة قانونا لسقوط الحق فى دعوى ضمان العيوب الخفية لا تسرى فى حالة البيع بالعينة [٢]. ولا تسرى على هذا أيضا المواعيد المقررة فى القانون التجارى لرفع دعوى المسئولية على أمين النقل بسبب تلف البضاعة أثناء الطريق (٩٩ — ١٠٠/١٠٤ — ١٠٥ ت ا م) ، لأن هذه المواد خاصة بعلاقة المرسل إليه (المشترى) بأمين النقل لا بعلاقته بالمرسل أى البائع .

٢٠٠ — (٢) البيع بالنموذج Vente sur type — هذا أيضا يكثر فى بيع البضائع فى البورصة والأسواق المنظمة ويكاد يكون محصورا فيها . وقد نظمت لوائح البورصة والأسواق كيفية حفظ النماذج . وهذا البيع أيضا يعتبر صورة أخرى من صور البيع بالعينة ، ولا يختلف عنه فى أحكامه المتقدمة إلا فى أن المطابقة أو المضاهاة تجريان على أساس رتبة Classe البضاعة لا على أساس العناصر التى تتكون منها أقسامها المختلفة أو أوصافها [٣] . فاذا طابقت البضاعة النموذج فى الرتبة اعتبرت قابلة للتسليم Livrable وإن لم تكن من نفس الصنف . ومع ذلك فلوائح البورصة حددت الأصناف التى يمكن أن يحل أحدها محل الآخر فى التسليم كالقطن جيزة ٧ الذى يمكن تسليمه بدل السكلاريدس إذا كان من نفس الرتبة . فمثلا إذا كان البيع واقعا

---

(١) راجع بند ١٧٩ آنفا .

(٢) راجع بند ١٧٩ آنفا .

(٣) المراجع المذكورة فى هامش ٢ ص ٣٠٤ وانظر س م ١٩٠٩/٢/٣ مج ت م ٢١ ص ١٥٣

على قطن سكلاريدس رتبة فولى جود فير فيصح أن يسلم بدلا منه جيزة ٧ من نفس الرتبة والمقدار . وقد نصت أيضا لوائح البورصة على جواز التسامح فى بعض الأحوال فى فرق الرتبة والمقادير ونظمت كيفية المحاسبة عليها نقصا وزيادة .

٢٠١ — (٣) بيع التجربة Vente à l'éssai — أو كما يسميه القانون فى المادة ٣٠٨/٢٤٢ م أ م البيع بشرط التجربة — نصت المادة المذكورة على أن هذا البيع يعتبر "دائما معلقا على شرط موقف"(١) وهو حصول تجربة المبيع بواسطة المشترى صاحب المصلحة فى الشرط واقتناعه بنتيجة التجربة . فاذا اقتنع نفذ العقد ووجب عليه دفع الثمن ، أما إذا لم يقتنع فيعتبر أن الشرط لم يتحقق والعقد كأنه لم يكن طبقا للقاعدة العامة فى الشرط الموقف . ولذلك إذا هلك المبيع بدون خطأ المشترى فى أثناء فترة التجربة يهلك على البائع لأنه لا يزال فى ملكه رغم التسليم ولأن التسليم هنا لم يكن تخليا عن المبيع نهائيا بل كان تسليما مؤقتا للتجربة . ومن رأى عيسى باشا أن المشرع أراد أن يأخذ هنا بنظرية القانون الفرنسى الذى يجعل الهلاك تابعا للملك لا للتسليم (٢) . أما إذا هلك بخطأ المشترى فهلاكه عليه لأن القاعدة أن من أهلك شيئا لغيره فعليه ضمانه . ومع ذلك فليس هناك مانع من أن يتفق المتبايعان على عكس ذلك بأن يجعلا التجربة شرطا فاسخا للبيع لا موقفا له ، وفى هذه الحالة تسرى أحكام الشرط الفاسخ فتنتقل الملكية للمشترى من وقت العقد ويفسخ البيع إذا لم يوافق المشترى على المبيع . وفى هذه الحالة إذا هلك المبيع قبل حصول التجربة يهلك على المشترى ولو كان الهلاك بدون خطئه لأنه كان ملكه وقت الهلاك فيتحمل غرمه .

(١) النص العربى يقول " يعتبر معلقا على تمام الشرط " والنص الفرنسى صيغته هى التى ذكرناها فى الشرح وهى الأصح .

(٢) عيسى باشا بند ٨٥٥

وشرط التجربة يجب أن ينص عليه فى العقد صراحة الا إذا جرى العرف الثابت فى التجارة على أن المشترى يجرب المبيع بدون شرط فيتبع العرف، كما هى الحال فى بيع الخيول للجر أو للركوب أو للسباق وفى بيع الملابس جاهزة أو بالتفصيل ، وفى بيع الآلات والسيارات . والأحوط أن تشترط التجربة اذا لم يكن العرف مؤكدا فى نوع التجارة التى حصل فيها البيع حتى لا يفاجأ المشترى باعتبار العقد ملزما نهائيا له وهو يظن أنه لن يرتبط نهائيا بالبيع إلا بعد تجربة المبيع .

وكثيرا ما يحدث أن يجرب المشترى المبيع قبل العقد أو يظهر من الظروف والقرائن أنه لم يقصد التعاقد إلا بعد أن يجرى التجربة ويتأكد من ملاءمة المبيع للغرض الذى أعده له ، وفى هذه الحالة لا يكون هناك عقد معلق على شرط موقف ، وإنما يكون هناك على الأكثر وعد بالبيع من جانب البائع وحده . ويترتب على ذلك أن يكون البائع مكلفا بالبيع إذا وافق المشترى على المبيع . والفرق بين هذه الحالة والحالة التى قبلها هو أن العقد يتم فى الحالة الأولى قبل التجربة . وتتم التجربة قبله فى الحالة الثانية . وتسرى فى الحالة الأولى أحكام البيع المعلق على شرط موقف . وتسرى فى الحالة الثانية أحكام الوعد بالبيع .

وعلى كل حال يجب على المشترى أن يجرى التجربة فى الميعاد المحدد فى العقد لاجرائها ، وإذا لم يكن هناك ميعاد ففى الوقت المعقول . ويجب ألا يتوانى فى إجرائها لأن سكوته الطويل يعتبر رضا بالمبيع واقتناعا بملاءمته للغرض الذى أعده له المشترى(١) .

---

(١) لذلك يجوز للبائع بعد مضى مدة طويلة أن يطالب اعتبار البيع نافذا على المشترى وإلزامه بالثمن س م ٢٠/٥/١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٣٩ ، ٩/٤/١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ٣٤١ ، ويجوز للبائع أيضا أن يكلف المشترى باجراء التجربة فاذا لم يقبل جاز له طلب فسخ العقد وإلزامه بالتعويض .

الضابط فى ملاءمة المبيع للغرض المعد له — إما أن يكون غرض المشترى من الشراء معروفا للبائع سواء بتصريح المشترى به وقت العقد أو بظهور هـذا الغرض ضمنا من طبيعـة المبيع وظروف البيع وقرائن الأحوال ، و إما أن يكون غير معروف له كأن كان المشترى يريد استعماله فى غرض خاص هو أدرى به . ففى الحالة الأولى لا يكون للمشترى أن يرفض المبيع ويجوز للبائع إلزامه بأخذه و إنفاذ البيع ما دام المبيع صالحا للغرض الذى أعد له . وله أن يثبت صلاحيته لهذا الغرض بواسـطة أهل الخبرة . أما فى الحالة الثانية فالمشترى يمكنه أن يرفض المبيع اذا لم يوافق هواه لأنه أدرى بالغرض الذى أعده له و بالصفات التى يجب توافرها فيـه ليكون صالحا لغرضه . وليس للبائع إلزامه بأخذ المبيع و إنفاذ البيع ولو كان صالحا بطبيعته للغرض الذى يستعمل فيه عادة ، وليس له إثبات صلاحيته للغرض الطبيعى منه بواسطة أهل الخبرة لأن هذا الغرض قد يكون غير مقصود للمشترى . وقد يصعب أحيانا معرفة ما إذا كان المشترى أعد المبيع للغرض الذى يستعمل فيه عادة بحسب طبيعته أو أعده لغرض شخصى خاص به هو . وهذه مسألة وقائع يقدرها القاضى عند التنازع وهو حرّ فى إجابة طلب البائع الى تعيين أهل خبرة بحسب ما يظهر له من قصد المشترى .

و يلاحظ أن اشتراط التجربة جائز فى أى شىء و إن كان الغالب أنه يحصل فى بيع المنقولات ، فى بعضها لا فى كلها ، وعلى الخصوص فيما لا يمكن معرفة ملاءمته للغرض المعد له سواء بطبيعته أو بحسب قصد المشترى إلا بعد تجربته . وللعادة أو العرف نصيب فى معرفة ما تجرى فيه التجربة من البضائع وما لا تجرى فيه . فالأقمشة والكتب والورق مثلا لا تجرّب . و بعض أنواع البضائع تتخذ التجربة فيها صورة خاصة كالمشرو بات والمأكولات فان تجربتها تكون بالمذاق ، ثم إن البيع بالمذاق يختلف عن البيع بالتجربة على الأقل فى حكم مهم من أحكامه كما سنرى حالا .

٢٠٢ — (٤) بيع المذاق Vente au goût — هذا البيع لا يكون الا فيما يذاق، كالزيت والخل والسمن والنبيذ وبالجملة كل ماجرت العادة بذوقه قبل شرائه . وهو غير منصوص عليه فى القانون المصرى . ولكنه منصوص عليه فى المادة ١٥٨٧ مدنى فرنسى التى تقضى بأن بيع المذاق لا ينعقد مالم يذق المشترى المبيع و يوافق عليه . فلا يكفى إذن لانعقاد البيع الاتفاق على الثمن والمبيع[١] . بل يجب فوق ذلك أن يقبل المشترى البضاعة قبولا خاصا بعد ذوقها وموافقتها لمزاجه ؛ وما دام البيع معلقا وجوده على موافقة البضاعة لمزاج المشترى فينتج من ذلك حتما أن المشترى يكون حرا فى رفض البضاعة رفضا مطلقا دون إبداء سبب لأنه أدرى بذوقه ومزاجه وبذوق عملائه. فليس للبائع أن يتحكم فيه أو يلزمه بشرائها بأية طريقة قانونية [٢] ، ولو كانت صالحة وموافقة لمزاجه هو أو لمزاج شخص آخر غير المشترى أو لمزاج عامة الناس أو مجموعهم، لأن الأذواق والأمزجة شخصية . ومن ذلك نأخذ أن بيع المذاق قد يتفق مع بيع التجربة فى الحكم وقد يختلف عنه . يتفق معه فى حالة ما إذا كان شرط التجربة مقصودا به التأكد من صلاحية المبيع لغرض شخصى خاص بالمشترى ومن توافر الصفات التى يرغبها فيه ، لأن المشترى فى هذه الحالة له رفض المبيع بعد تجربته رفضا مطلقا بمجرد تصريحه بعدم موافقته لمزاجه . وهذا هو نفس حكم بيع المذاق . ويختلف عنه فى حالة ما إذا كان شرط التجربة مقصوداً به التحقق من صلاحية المبيع للغرض الطبيعى منه أى الذى يستعمل فيه عادة بحسب طبعه لأن المشترى فى هذه الحالة غير حر فى الرفض ، بل يجب عليه الأخذ إذا ثبتت الصلاحية . وليس هذا هو حكم بيع المذاق .

---

(١) بلانيول ٢ بند ١٣٦١ طبعة سنة ١٩٢٦

(٢) نقض فرنسى ١٩٢٥/٦/١٧ جازيت المحاكم ٣١ يوليه المشار اليه فى بلانيول المذكور فى الهامش السابق . وقارن س م ١٩٢٤/١/٣٠ مج ت م ٣٦ ص ١٩٧

وهناك فرق آخر بين البيعين، ذلك أن شرط المذاق La faculté de dégustation لا يصح ولا محل له إلا فى الأشياء التى جرت العـادة أو العرف بذوقها قبل التقيد بشرائها. والعادة والعرف هما الحكم فيما يذاق وما لا يذاق . أما شرط التجربة فقـد يرد على أى شىء حتى العقار كما لو اشترط المشـترى تجربة سكن البيت مدة من الزمن [١] .

شرط المذاق يمكن التنازل عنه صراحة أو ضمنا — وقد تقضى العادات التجارية بالتنازل عنه ضمنا فى بعض الأحوال. والعادة المتبعة فى تجارة المذوقات هى عدم العمل بهـذا الشرط فيما يباع بالجملة أو على مسافات فى الداخل أو فيما وراء البحار . وكذلك يغلب عدم العمل به إلا فيما يباع للاسـتهلاك الشخصى [٢] ، وهو ما يحصل عند البيع بالقطاعى بواسطة صـغار التجار للمستهلكين ، دون ما يباع جمـلة من تاجر لتاجر داخل البـلد أو خارجه . ولا ضرر فى هذه الحالة الأخيرة من فقدان المشترى حق المذاق لأن الغالب فى هذه الحالة أن يحصل البيع بمقتضى عينة تخوله حق الرفض أو تنقيص الثمن عند عدم المطابقة . ويظهر أن التضييق فى استعمال شرط المذاق ناتج من أنه يكاد يكون شرطا إراديا لتعلقه بهوى المشترى . وكان من الممكن اعتباره باطلا لهذا السبب لولا أن القانون أجازه بالنص لضرورة حيوية ، ولذلك ينتقده كثير من الشراح فى فرنسا وكلهم متفقون على اعتباره نصا استثنائيا يجب عدم التوسع فى تطبيقه .

ولم ينص القانون المصرى على شرط المذاق صراحة ولذلك اختلفوا فيه . فمن قائل بأنه أغفله رغم النص عليه فى القانون الفرنسى لأنه اكتفى بخيار رؤية

---

(١) عيسى باشا نمرة ٨٥٥

(٢) ملش وقال بند ٨٠٠

المبيع أو معاينته(١). ولهذا الرأى وجاهته إذا عرفنا أن المعاينة كما تكون بالنظر والمشاهدة تكون بالشم فيما يشم، وبالذوق فيما يذاق، وباللمس فيما يلمس وبالسمع فيما يسمع. ومن قائل بأنه أغفله لكونه منتقدا فى فرنسا ولأنه يجب اعتباره من بيوع التجربة لأن بعض الشراح الفرنسيين يرون ذلك ويرى لذلك عدم جواز الأخذ بالنص الفرنسى على إطلاقه والأخذ بحكم المادة (٢٤٢ — ٣٠٨م ا م) الخاصة ببيع التجربة(٢). ويرى آخرون إمكان اعطاء المشترى فى مصر حق المذاق استنادا الى العرف التجارى والى المادة (٢٤٥/ ٣١١ م ا م) التى تقضى بأنه "اذا لم يذكر فى عقد البيع شرط له فيعتبر البيع بلا شرط الا اذا كان عرف البلد أو عرف التجارة يقضى بشروط ضمنية". ونص هذه المادة يعتبر تصريحا من المشرع باتباع العرف التجارى والمحلى لا فى شرط المذاق فقط بل فى كل شرط آخر تجرى به العادة. وهذا فى نظرى أوجه الآراء(٣) لأنه رأى عملى. وعلى كل حال ليس ما يمنع المشترى فى مصر من أن يشترط المذاق صراحة فتجرى أحكامه .

ويلاحظ أن هلاك المبيع قبل المذاق يقع على البائع اذ لا يولد عقد البيع الا بعد المذاق فاذا هلك المبيع قبله فهلاكه على صاحبه ما لم يكن الهلاك بخطأ المشترى .

٢٠٣ — (٥) بيع البضاعة الحاضرة Vente en disponible — الغرض منه بيع البضاعة الموجودة فعلا فى يد البائع أو فى محله بحيث يمكن للمشترى معاينتها واستلامها حالا مع دفع ثمنها . وهذا هو ما يحصل فى بيع القطن فى بورصة مينا البصل والحبوب فى الأسواق المنظمة . ولكنه يحصل

(١) عيسى باشا بند ٨٥٨

(٢) الهلالى بند ٢٤٥

(٣) جرانمولان بند ١٩٥ ، وملش وڤال بند ٨٠٨

أيضا فى الأسواق العمومية . وفى هـذا البيع لاحاجة إلى اشتراط أوصاف معينة فى المبيع لأن محل ذلك عند ما تكون البضاعة غير موجودة فى يد البائع وينوى أن يحصل عليها من السوق كما هى الحال فى التعهد بالتوريد ، ولذلك أيضا لاتسرى على هذا البيع القواعد الخاصة بعدم العلم بالمبيع ولا تلك المتعلقة ببيان أوصافه وما يترتب على عدم توافرها من الحقوق للشترى (٢٤٩/٢٥٢/٣١٥ — ٣١٨ م ا م) . وعلى ذلك لا يجوز لمن يشترى بضاعة حاضرة أن يطلب بطلان البيع لعدم العلم بالمبيع ولا أن يطلب الفسخ فيما بعد لعـدم توافر الصفات التى كان يعتمد على وجودها فيه ، لأن المبيع كان موجودا أمامه وكان يمكنه أن يعاينه ويفحصه ويتأكد من استيفائه الصفات التى يرغبها فيه . وليس البـائع ضامنا لهـذه الصفات لأنه يبيع الموجود بحالته .

ومع ذلك فقد تجرى العادة فى بعض الجهات بأن يشترط المشترى لنفسه حق فحص المبيع بعد استلامه زيادة على معاينته وقت البيع ، وعلى الخصوص فى البضائع التى لم يعتد المشترى فتحها أو فحصها كلها فى جزئياتها وقت البيع كمقطع من القماش فى طيه ثقوب أو صفيحة من السمن أسفلها ردىء وأعلاها جيد . فاذا نص على اشتراط الفحص كان للشترى رد البضاعة فى مدة قصيرة تختلف باختلاف عرف الجهة ، وفى الغالب تكون ثلاثة أيام وليس للبائع إلزامه بها ولو كانت صالحة . وهذا الشرط يشبه شرط المذاق من جهة كون المشترى حرا فى رفض البضاعة .

بيـع البضائع الحاضرة المقترن بشرط الفحص Gré dessus ou vente avec vue en sus — يشترط فى هذا البيع شروط ثلاثة وهى[1] : (١) ألايكون

---

(١) ليون كان ورينو بند ١٢٣ ص ٣٦٩

المشترى حدد أوصاف البضاعة المطلوبة فى العقد وإلا أمكن للبائع إلزامه بها إذا أثبت توافر الصفات المطلوبة فيها، (٢) وألا يكون المشترى وافق عليها عند معاينتها كأن يذكر عبارة الرؤية والقبول Vue et agrée لأن هذا تنازل عن حق الفحص، (٣) ألا يكون هناك أجل لتسليم المبيع خوفا من أن تنزل أسعار البضاعة فى فترة الأجل فينتهز المشترى حريته فى فحص البضاعة ورفضها فيرفضها تهربا من الخسارة بسبب هبوط الأثمان .

٢٠٤ — (٦) شرط الاحتفاظ بملكية المبيع Pactum reservati domini ou clause de réseve de propriété — نقل الملكية ليس من جوهر عقد البيع وأركانه بل هو من آثاره . ولذلك تقضى المحاكم باستمرار بصحة اشتراط عدم انتقال ملكية المبيع الى المشترى واحتفاظ البائع بها إلى أن يدفع الثمن كله أو الباقى منه[1]، وبأن مطالبة البائع للمشترى بالباقى من الثمن لا يسقط حقه فى الملكية[2] . ولكن يجب أن يكون هذا الشرط صريحا وواضحا ولا يكفى فيه مجرد النص على منع[3] المشترى من التصرف فى المبيع قبل دفع الثمن أو الباقى منه . وشرط منع المشترى من التصرف قبل دفع الثمن أو الباقى منه صحيح أيضا[4] .

وشرط الاحتفاظ بالملكية يصح مهما كان المبيع أى سواء أكان منقولا أم عقارا ولا يهمنا هنا إلا اشتراطه فى حالة المنقول. ويكثر استعماله فى التجارة

---

(١) س م ١٩٢٤/٣/٤ مج ت م ٣٦ ص ٢٤٧ ، ١٩٢٢/١٢/١٢ مج ت م ٣.٥ ص ٩١ ، س م ١٩١٧/٢/٥ ، ١٩١٦/٦/٢٧ مج ت م ٢٩ ص ٢٠٠ ، ٢٨ ص ٤٤٥

(٢) س م ١٩٢٠/٦/١ مج ت م ٣٢ ص ٣٤٢ ، ١٩١٧/٦/٥ مج ت م ٢٩ ص ٤٨٢

(٣) الأحكام المذكورة فى هامش ١ على هذه الصفحة

(٤) س م ١٩١٣/٥/٦ مج ت م ٢٥ ص ٣٥٣

فى الأشياء التى جرت العـادة ببيعها بالتقسيط Vente à tempérament من جانب المحال التجارية والشركات مثـل ماكينات الخياطة وآلات الموسيق والآلات الزراعية والسيارات والأوراق المـالية المسعرة فى البورصة كالأسهم والسندات .

بيع الأشياء المـادية بالتقسيط — ويغلب فى بيع المـاكينات والسيارات والأشياء المـادية الأخرى أن يحصل بطريق تأجيرها الى المشترى وتسليمها له على ألا يملكها إلا بعد سداد آخر قسط[1] أو بعد دفع مبلغ من المـال زيادة على الأقساط . وهذا هو النظـام المعروف بنظام البيع بطريق الإيجـار Vente- location ou hire- purchase system. وحكمه يختلف باختلاف الشروط التى اشترطها المتعاقدان فى العقد واختلاف نيتهما أى ما يقصدانه منها[2] . فقد يتفقان مثلا على أن المشترى يستـأجر المبيع ويدفع أجرة شهرية على أن يكون له حق شرائه فى أى وقت أراد أثنـاء مدة الايجار . وفى هذه الحالة لا يكون العقد إلا عقد إيجار مقترنا بوعد مستقل من جانب البائع بالبيع إذا أراد المشترى الشراء فى المدة المذكورة ، وفى هذه الحالة أيضا إذا هلك المبيع قبل الشراء يهلك على الشركة أو على المحل التجارى لا على المشترى ، لأنه لم يخرج من ملك الشركة أو المحل إذ لم يحصل بيع . وتسرى على العقد أحكام الايجار والوعد بالبيع معا . وإذا لم يدفع المشترى القسط فى ميعاده جاز للمحل فسخ العقد واسترداد المبيع دون أن يكون للمشترى استرداد ما دفع لأن العقد عقد إيجار وما دفع كان فى مقابل الانتفاع بالشىء وليس فى مقابل امتلاكه . وقد يظهر من الظروف ومن شروط العقد أن نيـة المتعاقدين كانت منصرفة إلى اعتبار العقد بيعا من أول الأمر . ولا عبرة بالألفاظ التى يستعملها المتعاقدان

---

(١) تالير وبرسيرو بند ١٩٤٧ ص ١١١٩ — ١٩٢٠

(٢) عيسى باشا بند ٢٩ ، والتون ٢ ص ٣٧

ولا بالتسمية التى يسميان العقد بها ، فقد يكتبان العقد على أنه إيجار ولكن شروطه وظروفه تدل على أن المقصود بيع نافذ معلق على شرط فاسخ كأن يتفقا على أن المشترى يصير مالكا للمبيع نهائيا بمجرد دفع آخر قسط و بغير التزام بأن يدفع مبلغا آخر . إذ المفهوم من ذلك أن عدم دفع أى قسط يترتب عليه أن يفسخ البائع البيع و يسترد المبيع . وفى هذه الحالة تسرى أحكام الشرط الفاسخ فيرد للمشترى ما دفعه من الأقساط ، وإذا كان المبيع قد هلك فى يده قبل الفسخ فيهلك عليه .

والغالب أن يتفق فى مثل هذا البيع على عكس ما تقدّم أى على أن البائع يحتفظ بملكية المبيع الى أن يدفع آخر قسط أو أى مبلغ آخر متفق عليه زيادة على القسط وعلى أن أقساط الثمن المدفوعة تكون على سبيل الأجرة فى مقابل المنفعة بحيث لو تأخر المشترى عن دفع قسط منها أو أقساط وفسخ البائع العقد لا يكون للشترى استرداد ما دفع . وفى هذه الحالة يعتبر العقد بيعا بشرط موقف و إيجارا بشرط فاسخ . فيتوقف امتلاك المشترى للبيع على دفع الأقساط جميعها أو كل مبلغ آخر متفق عليه . وإذا هلك المبيع قبل ذلك بدون خطأ المشترى فعلى البائع يقع الهلاك ، وإذا أفلس المشترى فيمكن للبائع أن يسترد المبيع من التفليسة لأن المبيع لم يدخل فى ملك المشترى . و يتوقف فسخ الاجارة على عدم دفع الأقساط فاذا امتنع المشترى عن الدفع وفسخ البائع البيع لم يجز للشترى استرداد ما دفع لأنه انتفع بالمبيع .

وفى كل الأحوال التى لا تنتقل فيها ملكية المبيع للشترى كما إذا اعتبر العقد إيجارا مقترنا بوعد بالمبيع من جانب البائع لا يجوز للشترى التصرف فى المبيع سواء ببيعه أو برهنه لآخر و إلا كان تصرفه فيه تبديدا معاقبا عليه [1] .

---

(١) أحمد أمين بك ص ٧٨٠ — ٧٨١

رأى ببطلان شرط الاحتفاظ بملكية المبيع — وقد ذهب الأستاذ تالير إلى القول ببطلان شرط احتفاظ البائع بملكية المبيع واستند على بعض أحكام لمحكمة النقض الفرنسية وغيرها قائلا بأن هذا الشرط فيه إضرار بحقوق مجموع الدائنين الذين قد يعتمدون على ما فى يد المشترى المفلس من البضائع فيولونه ثقة فى غير محلها . ويأبى نفس هذا الكاتب أن يكون للبائع فى حالة البيع بطريق الايجار حق استرداد المبيع وعدم رد الأقساط بحجة أن العقد إيجار لأن هذا احتيال وتلاعب لابتزاز أموال المشترين لا يجيزه القانون[1] .

على أن الأستاذ تالير نفسه صرح بأن أحكام محكمة النقض ليست بالصورة التى أراد أن يصورها بها ، وأن كثيرا من الأحكام تجيز هذه الطريقة وتقضى بصحة شرط الاحتفاظ بالملكية وعدم رد الأقساط . ونحن نلاحظ ، بغض النظر عن الأحكام ، أن القول بأن فى إجازة شرط الاحتفاظ بالملكية إضرارا بحقوق الدائنين والثقة التجارية مبالغة لا مبرر لها وتضييقا من حرية التصرف . إذ لو كان الأمر كذلك لوجب القول بأن كل بيع بشرط فاسخ أو موقف يجب أن يكون باطلا لأنه قد يترتب عليه مفاجأة للدائنين إذا لم يتحقق الشرط الموقف أو اذا تحقق الشرط الفاسخ . زد على ذلك أن البيع بطريق الايجار أصبح ، كما يقول معظم الكتّاب ، من العادات المعروفة فى التجارة فى أنواع محدودة من البضائع . والدائنون بحكم اتصالهم بالتجار يعلمون هذه العادة . فليس هنالك إذن إضرار ولا مفاجأة .

بيع الأوراق المالية بالتقسيط — الغالب فيه أن يتفق على انتقال الملكية فورا وقت العقد مع اشتراط فسخ البيع عند عدم دفع الأقساط . ومع ذلك يغلب فى هذه الحالة أيضا أن يحتفظ البائع بحيازة الأوراق كضمان

---

(١) تالير وبرسيرو بند ١٩٤٧ ص ١١١٩ — ١٩٢٠

لدفع باقى الثمن . وليس فى ذلك ما ينافى القواعد العامة، لأن البائع و إن لم يكن له حق حبس المبيع عند تأجيل الثمن إلا أنه ليس ما يمنعه من اشتراط حق الحبس رغم التأجيل . وما دامت الأوراق تعتبر من وقت البيع مملوكة للمشترى تحت شرط فاسخ فهلاكها كما لو استهلكت مثلا يكون عليه هو لا على البائع ، وله أيضا فوائدها وأرباحها . ولكنه يكلف بردها فى حالة الفسخ اذا كان استلمها .

٢٠٥ — (٧) بيع الاستصناع[1] — ويقرب من البيع المتقدم عقد الاستصناع أو كما يسميه بعضهم إيجار أرباب الصنائع Lauage d'ouvrage . فى هذا البيع يوصى المشترى أحد الصناع أو صاحب المصنع بعمل شىء كتفصيل حذاء أو بذلة أو صنع مركب أو أثاث وهكذا . ولا تهمنا هنا حالة ما إذا كان المشترى يقدم المواد اللازمة للصنع من عنده فهذا من غير شك إيجار لعمل الصانع لا بيع . أما إذا كان الصانع هو الذى يستحضر المواد الأولية فالرأى منقسم فى هذا الموضوع نظرا لأن المادة ٤١٦ و٥٠٨ م أم المقابلة للمادة ١٧٨٧ م ف عبرت عن هذه الحالة بقولها "إن استئجار الصانع يجوز أن يشتمل بطريق التبعية على ما يلزم إحضاره من المهمات اللازمة للعمل كلها أو بعضها . فجعلت إحضار المهمات تابعة للاستئجار". ولذلك اختلف فيها رأى الشراح فمنهم من قال بأن العقد يعتبر إيجارا ابتداء وبيعا انتهاء[2]

---

(١) هذا هو التعبير الشرعى لمثل الحالة التى نحن بصددها . ويسميه بلانيول ٢ بند ١٩٠٢ Entreprise ولكن غالبية الشراح يتكلمون عنه فى باب إيجار العمل Louage de travail تقليدا لبوتييه وكذلك المحاكم . والقانون نفسه يتكلم عنه فى باب الايجار (انظر المادة المذكورة فى الشرح) وانظر تالير بند ١٠٥٣ فى تسميته Vente ou louage d'ouvrage

(٢) جرانمولان بند ٦٠١ ، ودى هلتس ٣ بند ٧١ ص ٣٢ ، وأوبرى ورو بند ٣٧٤ حاشية ١

فيعتبر الصانع أجيرا الى أن يتم الصنع ثم بائعا لما صنعه على التوالى . وهـذا الرأى متفق مع ما قاله فقهاء الشريعة الاسلامية فى هـذا الموضوع . وقال آخرون[١] بوجوب التفريق بين ما إذا كان وجود المبيع يتوقف على عمل الصانع أو عماله الذين يستخدمهم لهذا الغرض ؛ وفى هذه الحالة يعتبر العقد عقد إيجار و بيع فى آن واحد . أما إذا كان وجود المبيع لا يتوقف على عمل الصانع بل على الطبيعة أو على عمل أشخاص آخرين فهو بيع لأشياء مستقبلة . مثال ذلك التعهد بتسليم محاصيل زراعية أو أسهم شركة لا تزال فى دور التكوين وليس البائع أحد أعضائها ، فانتاج الزرع و إصدار الأسهم ليس من عمله ، أما التعهد بعمل بذلة مثلا فصنعها يتوقف على عمـل الصانع ولذلك يعتبر الصانع أجيرا وتسرى أحكام الايجار عليه إلى أن يتم الصنع فتسرى أحكام البيع . والواقع أن هذه التفرقة فيها كثير من السفسطة لأن العـادة لم تجر باعتبار إنتاج الزرع صنعة ولا الزارع صانعا ، وليس هذا هو المألوف فى الكلام على إصدار الأسهم - وفيما عدا ذلك فصاحب هذا الرأى لم يأت بجديد على الرأى الأول و إذن فلنغض عنه النظر . وهناك رأى آخر[٢] يقول بأن العقد يعتـبر بيعا لأشياء مستقبلة إذا كان الصانع يورد المواد اللازمة للعمل كلها أو الجزء المهم منها ، أما إذا كان لا يستحضر شيئا أو يستحضر فقط أشياء ثانوية كالخيط والحشو بالنسـبة لصانع الأحذية والأزرار والخيط بالنسبة للترزى مثلا فالعقد من عقود إيجار العمل .

وعنـد ما يعتبر العقـد عقد بيع يجوز للصانع أن يتصرف فى المبيع قبل التسليم على أن يسلم مثله فى الميعاد ، وإذا هلك قبل التسليم هلك عليه طبعا

---

(١) پلانيول طبعة سنة ١٩٢٦ ، بند ١٩٠٢ ص ٦٦٠

(٢) الهلالى بند ١٤٦ والمراجع المذكورة فيه ، وقارن عيسى باشا بند ٣٧ وهامش ٦ عليه

لأنه لا يتعين إلا بالتسليم . أما اذا كان العقد عقد إيجار فالمفروض أن المهمات ملك المشترى أو بالأحرى المؤجر، ولذلك ليس للصانع أن يتصرف فيها و إلا كان مرتكبا لجريمة النصب أو خيانة الأمانة .

ثانيا — العادات المتعلقة بالثمن

٢٠٦ — القاعدة أن الثمن يدفع حالا إذا لم يكن محددا لدفعه ميعاد Terme فى العقد أو اذا لم تجر العادة بتأجيل الدفع . وتجرى العادة بأنه إذا اشترط البائع تأجيل التسليم كان للمشترى أيضا تأجيل دفع الثمن إلى وقت التسليم[1] ، وقد قلنا عند الكلام على البيع على العموم إنه يكثر فى التجارة تأجيل الثمن مع تسليم المبيع لأن التاجر يعتمد فى الغالب على دفعه من ثمن البضاعة التى اشتراها بعد تصريفها أيضا، وقلنا إن العادة تجرى باستعمال الكمبيالات التى تستحق الدفع فى الأجل المحدد لدفع الثمن شرطا أو عرفا . ولذلك يكثر أن تكون هذه الكمبيالات مستحقة الدفع بعد أجل يبتدئ تارة من وقت تحريرها وطورا من وقت الاطلاع عليها . ولكن استعمال الكمبيالات فى هذه المناسبة يعتبر فى الوقت نفسه وسيلة ملتوية للحصول على الثمن قبل حلول الأجل ، لأن التاجر الذى تحوجه الظروف إلى نقود ولا يجد من مصلحته الانتظار حتى يحل ميعاد استحقاق الكمبيالة يمكنه أن يخصمها فى أحد البنوك أو أن يحولها لشخص آخر، وهكذا .

والثمن قد يكون مؤجلا كله لميعاد معين . وقد يكون مقسطا على أقساط. وعلى ذلك فالبيع إما أن يكون بالنقد Au comptant، وهو لا يحتاج الى شرح، أو نسيئة أو بالتقسيط :

(١) بيع النسيئة — Vente au crédit — فى هذا البيع يؤجل الثمن كل إلى حين حلول الأجل فيدفع مرة واحدة Au prix fort أى مجمدا لا مجزأ ،

(١) وهذا أيضا هو رأى الفقهاء فى تفسير نصوص القانون . انظر هالتون ٢ ص ٥٣ وبرانمولان بند ١٤٧

لكن يجوز للمشترى أن يدفع الثمن قبل حلول الأجل إذا أراد ، لأن التأجيل مفروض فيه أنه لمصلحته . وإذا دفعه قبل الميعاد يجوز له أن يطالب بخصم نسبة مئوية منه بشرط أن تكون عادة المكان أو العادة المحلية جرت بذلك . ويطلق على الخصم فى هــذه الحالة اسم خصم الدفع المعجل Escompte de prompte paimer ، وقد عبرنا بلفظ المعجل بدل لفظ فورا أو حالا لأن الخصم جائز طبقا للعادة أيضا ولو بعد انقضاء مدة من الأجل . وتحسب الحطيطة أو الخصم على أساس المدة الباقية . وفى هذا البيع لا يجوز للبائع أن يحبس المبيع طبقا للقواعد العامة .

(٢) البيع بالتقسيط Vente à tempérament — وقدسبق لنا الكلام فيه . وهو لا يختلف عن البيع السابق إلا من جهة تجزئة الثمن على أجزاء تدفع دوريا كل شهر أو كل ثلاثة أشهر حسب الاتفاق . وقد رأينا أنه فى مثل هذا البيع يكثر أن يكون لتقسيط الثمن تأثير عليه فتارة يعتبر عدم دفع الثمن قسطا منــه شرطا فاسخا للعقد وتعود الملكية للبائع كما هو الحــال فى بيع الأوراق المــالية . وطورا يعتبر ذلك شرطا موقفا لانتقال الملكية فيبقى المبيع مملوكا للبائع الى أن يدفع الثمن بتمــامه أى إلى أن يدفع آخر قسط منه .

(٣) بيع البضائع بالمزاد العمومى بالجملة أو بالقطاعى[1] Vente publiqu en détail eu en gros de marchandises neuv ومثله بيع التصــفية أو التنزيل Vente au deballage ou vente au rabais أو بالسعر المحدد Au prix fixe — هذه البيوع تقيد فى بعض البلاد بقيود لا ترجع إلى المبيع فى ذاته ، ولا إلى الثمن فى ذاته ، ولا الى العقد بجملة ، لكنها مع ذلك تؤثر من طريق غير مباشر فى الثمن لأنها ترجع الى الرغبــة فى حماية الثقة التجارية العامة وحماية الضمان العام لدائنى التاجر وحماية المصلحة

(١) ليون كان ورينو بند ٤٢٩ — ٤٣١

العامة لأنها كثيرا ما تؤدى الى اختلال توازن الأسعار لكثرة المعروض فى وقت واحد . وتنظر اليها القوانين فى بعض البلاد نظرة حذر لأنها قد تؤدى الى تسهيل تهريب بضائع التاجر من وجه دائنيه وتخل بما لهم من الضمان على أمواله ، وقد تؤدى أيضا الى سهولة إخفاء البضائع المسروقة . ولذلك تشترط بعض هذه القوانين لصحة البيع بالمزاد العمومى فى مثل هذه الأحوال أن يكون حاصلا إما تنفيذا لحكم قضائى كما هى الحال فى الحجز وفى الافلاس أو بتصريح من المحكمة التجارية أو من جهة إدارية مختصة وإلا اجازت مصادرة البضائع وتغريم البائع عقابا له على المخالفة . ولكن هذه القيود لا تسرى على بيع المأكولات Comestibles والبضائع الرفيعة Menue mercerie والخردوات القليلة الأهمية ، لأن المصلحة العامة لا تتعارض مع هبوط أثمانها .

وليس فى مصر قوانين من هذا القبيل . وقد أشرنا فيما سبق إلى الحاجة اليها . ويلاحظ أن هذا البيع يمتاز بالطريقة التى يحصل بها لا بشىء يرجع الى المبيع أو الثمن مباشرة .

ثالثا — العادات المتعلقة بالثمن والمبيع فى آن واحد

٢٠٧ — (١) **البيع جزافا** Vente en bloc — يقع البيع جزافا على مجموع معين من الأشياء الموجودة أو الناتجة من مكان واحد بصرف النظر عن مقدارها حتى ولو قدرت فى العقد بوجه التقريب . مثال ذلك أن أبيعك كل القمح الموجود فى مخزنى أو الناتج من قطعة أرض معينة ومحدودة المساحة ومعروفة الحدود ومشار إليها فى العقد. وكذلك لو وقع البيع على حصة شائعة منها كثلث القمح أو ربعه فى المثالين المتقدمين. وكذلك لو قدر القمح بالتقريب كما لو قلت : بعتك القمح الموجود فى مخزنى وقدره خمسون أردبا بمبلغ كذا . ولا فرق بين أن يكون المبيع من المثليات وبين أن يكون من القيميات ، ولا بين أن يكون من الأشياء المادية أو من المعنوية كما لو بعتك

جميع الغنم الموجودة فى حظيرتى أو حولت لك كل ديونى على فلان [١] . وهذا لاخلاف فيه أصلا بين الكتّاب . ولكنهم اختلفوا فيما اذا كان الثمن يجب أن يحدد جملة أيضا A forfait لكى يكون البيع جزافا أو أنه يكون جزافا ولو اكتفى العاقدان بذكر سعر الوحدة. وغالبية الشراح[٢] ترى أن البيع لا يكون جزافا إلا إذا كان الثمن محددا جملة واحدة بحيث لا يحتاج فى تعيين مقداره إلى وزن المبيع أو كيله أو قياسه أو عدّه . وعلى هذا الرأى أيضا لا يكون البيع جزافا إلا إذا كان تعيين المبيع والثمن معا لا يحتاج الى وزن أو كيل أو قياس أو عدد كما لو بعتك كل القطن الناتج من أرضى بثمن ١٠٠٠ جنيه أو الزيت الموجود فى برميل معين بسعر ٧ جنيهات .

ولكن بعض الشراح يقولون[٣] بأن البيع يكون جزافا ولو كان الثمن مقدرا فى العقد بسعر الوحدة فقط بحيث يتوقف تعيين مقداره الكلى على العد أو الوزن أو الكيل أو القياس . وعلى هذا الرأى يكفى لاعتبار البيع جزافا أن يكون المبيع معينا بالجملة دون الحاجة إلى تقديره بالوزن وغيره ، ولا عبرة بكيفية تحديد الثمن . وقد أخذ بهذا الرأى بعض القوانين الحديثة[٤] . وهذا أيضا هو الرأى الذى أقرته المحاكم المختلطة فى أحكامها[٥] . ويرى بعض الكتاب [٦] أن نص المادة ٣٠٦/٩/٢٤٠ م ا م يؤيد هذا الرأى الأخير

(١) س م ١٩٢٨/١/٢٥ مج ت م ٤٠ ص ١٥٥

(٢) ليون كان ورينو بند ٤٢٢ ، هالتون ٢ ص ٧١ ، عيسى باشا بند ٧٧٣ ، بودرى موجز ٢ بند ٨٧٥ ، بلانيول ٢ بند ١٣٦٢

(٣) كولان وكابيتان ٢ ص ٤٣١ وجرانمولان بند ١٩٣

(٤) القانون الايطالى المدنى مادة ١٤٥١

(٥) س م ١٩٢٠/١٢/٢٢ مج ت م ٣٣ ص ٨٤ ، ١٩٠٣/١٢/٢ مج ت م ١٦ ص ٢٧

(٦) الهلالى بند ٢٢٧ والمراجع المذكورة فيه .

ويحسم الخلاف بين الكتّاب على هذه المسألة ، لأنه يقضى بأن البيع جزافا يعتبر تاما ولو لم يحصل وزن أو كيل أو قياس أو عدّ . وقد ظُلمت هذه المادة من هذه الناحية كما ظُلمت فيما استنتجوه منها فى مسألة ضمان هلاك المبيع جزافا كما بينا فى بند ١٧٣ من القسم الأول من هذا الفصل . ونزيد هنا أن المشرع المصرى لم يعرّف البيع الجزاف. والظاهر المتبادر من هذه المادة هو أن المشرع إنما أراد أن يعبر عن الحاصل فى بيع الجزاف وهو أن العدّ أو الوزن الخ ليس ضروريا لتعيين المبيع وبالتالى لنقل ملكيته ، لأنه متعين بتعيين المجموع ومكانه . فكأن المشرع أراد أن يقول إن المبيع جزافا تنتقل ملكيته من وقت العقد كما هى الحال فى البيع الواقع على أشياء معينة بذاتها . وذلك رغم أن البيع جزافا يقع فى الغالب على أشياء مثلية أو معينة بنوعها مما لا تنتقل ملكيته إلا بالتعيين أى بالوزن أو بالقياس أو بالكيل الخ ، لأنه متعين بتعيين مجموعه ومكانه. فمن أين إذن نحمله تلك الرغبة فى حسم الخلاف بين الكتّاب على هذه المسألة كما يقول أصحاب هذا الرأى ؟

حكم بيع الجزاف — أهمية بيع الجزاف تظهر فى نقل الملكية وفى هلاك المبيع . وقد شرحنا ذلك فى حينه عند الكلام على أحكام البيع عموما (بند ١٧٣ آنفا) فليراجع مع الانتباه الى رأينا فى أن تحميل هذه المادة ما أرادوا تحميلها من أن المشرع أراد أن يجعل الهلاك على المشترى خلافا للقاعدة الأساسية التى قررها فى هلاك المبيع ليس له مبرر من نصها ولا من مصدرها ، أى سواء اعتبرنا مصدر التشريع فى مسألة الهلاك هو الشريعة الاسلامية أم اعتبرنا مصدره القانون الفرنسى .

٢٠٨ — (٢) البيع بالتقدير — هذا أيضا قد يحصل فى القيميات أو فى المثليات ويغلب فى الأخيرة . ويكون التقدير بحسب طبيعة المبيع فيقال إن البيع بالوزن Venté au poids فيما يوزن أو بالكيل أو القياس A la mesure فيما يكال أو يقاس أو بالعدد Au compte فيما يعد . والفرق بينه وبين البيع جزافا أن ملكية المبيع فيه لا تنتقل من يوم العقد بل من يوم حصول التقدير إذ لا يمكن تعيين المبيع قبل ذلك . ولا يختلف رأيى فى هلاك المبيع بالتقدير بعد تقديره، أى بعد وزنه أو كيله أو عده أو قياسه وقبل تسليمه، عن رأيى فى هلاك المبيع جزافا . وذلك خلافا لرأى الكتاب فى تفسير المادة ٣٠٦/٢٤٠ م ا م المشار إليها آنفا فى البيع جزافا والمادة ٣٠٧/٢٤١ م ا م للسبب الذى أبديته فى بند ١٧٣ آنفا ورغم أن تفسيرهما بالشكل الذى أقول به يجعلهما زائدتين أو لا عمل لهما Lettre morte بجانب المادة ٣٧١/٢٩٧ م ا م التى قررت الحكم العام للهلاك فى القانون المصرى ؛ ومعنى رأيى أنه لا تناقض بين المادتين الأوليين والمادة الأخيرة فيما يتعلق بالهلاك وأن المشرع إنما كان يبين فى المادتين الأوليين كيفية تطبيق[1] حكم المادة الأخيرة فى حالتى البيع جزافا والبيع بالتقدير . ألا ترى أن المشرع فى المادة الخاصة ببيع التقدير اكتفى بالنص على أن الهلاك يكون على البائع الى يوم التقدير ولم يذكر حكم الهلاك بعد

(١) وليست هذه هى المادة الوحيدة الذى يطبق فيها المشرع أحكاما عامة باعادة ذكرها فى حالات خاصة . فالمادتان ٣٠١/٢٣٦ ، ٣٠٢/٢٣٧ كلتاهما تطبيق للقواعد العامة ولو أن المشرع لم يجئ بهما لكان حكمهما مفهوما من القواعد العامة . وقد يؤكد المشرع قاعدة مع أن القواعد العامة تقضى بامكان التجاوز عنها . ألا ترى أن المادة ٣١٨/٢٤٢ م ا م قالت بأن البيع بشرط التجربة يعتبر دائما معلقا على شرط موقف مع أنه لا مانع أصلا من أن يتفق المتعاقدان على أن تكون التجربة شرطا فاسخا لا موقفا . وغير هذه المواد كثير مما نأخذ من المقارنة بينه وبين القواعد العامة أن إعادة النص فى حالة خاصة على قاعدة عامة لا يجب أن تكون مثارا للشك فى أن الاعادة لا بد أن يكون قد قصد بها حكم مخالف .

التقدير وقبل التسليم ، ولو أنه أراد أن يرجع إلى حكم القانون الفرنسي في الهلاك لصرح بأن الهلاك يكون على المشترى من يوم التقدير الى يوم التسليم. ثم إنهم يقولون إن النصوص الخاصة ببيع الجزاف و بيع التقدير وردت على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة التي اتبعها المشرع في تعيين المسئول عن الهلاك . و إذا كان الأمر كذلك فلا محل إذن للتوسع فيها و يجب قصر مفعولها على قدر لفظها . وما دامت قالت على أن الهلاك على البائع الى يوم التقدير فيجب أن نرجع للقاعدة العامة لمعرفة حكم الهلاك الذى يحصل بعد التقدير وقبل التسليم وهو على البائع بمقتضى هذه القاعدة . ثم يجب ألا ننسى كما قلنا في بند ١٧٣ آنفا إن التقدير يحصل في معظم الأحيان في الوقت المحدد للتسليم . وهذا ما يجعل رأيهم نظريا بحتا و يتمشى مع الحاصل عملا .

ملاحظة — يلاحظ أنه في حالة نقص المبيع جزافا أو بالتقدير أو وجود عيب به تسرى نفس القواعد التي تكلمنا عليها آنفا بند ١٧٩ — ١٨٢ عند الكلام على ما يجب تسليمه وعلى العيوب الخفية .

٣٠٩ — (٣) بيع السلم[1] — ليس لهذا البيع مقابل تماما في القوانين المصرية والفرنسية . والتسمية شرعية بحتة ، والعقد يعرّفه الشرعيون بأنه بيع آجل بعاجل. أى بيع يسلم فيه الثمن أولا والمبيع بعد أجل لا يزيد على شهر، مع أن العادة كما قدمنا في بند سابق أن المشترى إذا قبل تأجيل تسليم المبيع كان له أيضا أن يؤجل الثمن . و يشترط في بيع السلم أن يكون المبيع موجودا في الأسواق من وقت البيع إلى وقت التسليم فلا يصح أن يقع على أشياء لم توجد بعد كالمحاصيل التي لم تظهر أو الزرع الذى لم ينبت .

(١) راجع في بيع السلم في الشريعة الاسلامية مرشد الحيران مادة ٤٤٣ وما بعدها وكتاب الشيخ أحمد أبو الفتح في المعاملات الشرعية ٢ ص ٣٧٩ — ٣٨٧

وقد أطلق بعض الكتاب[1] هذه التسمية على البيع الآجل Vente à livrer[2] الذى يكثر التعامل به فى البورصة والذى يؤجل فيه لا تسليم المبيع فقط بل دفع الثمن أيضا ويحصل الوفاء بهما فى وقت واحد أى عند حلول الأجل . ويحدد الأجل حسب رغبة المتعاقدين طبقا للوائح البورصة. وقد يكون الغرض من هذا البيع مجرد المضاربة على فرق السعر ولا يقصد به تسليم مبيع ولا دفع ثمن . ولذلك يجب أن تعتبر تسميته ببيع السلم من باب التقريب[3] الذى لا مبرر له إلا رونق الاسم أو من باب التقريب المضلل خصوصا وأن أوجه الخلاف بينهما كثيرة . ويلاحظ أن البيع الآجل من العمليات التى تكاد تكون مقصورة أو هى مقصورة فعلا على البورصة ولم نتعرض لها إلا لدفع الشبهة المتقدمة رغم أنها من العادات المتعلقة بالثمن والمبيع فى آن واحد والتى نحن بصددها هنا .

(٢)

العادات المتعلقة بالبيوع البحرية

٢١٠ — لانقصد هنا البيوع التى نص عليها قانون التجارة البحرى ، لأنه لم ينص إلا على بيع السفن وهو من مقرر السنة الثالثة وخارج عن نطاق القانون التجارى البرى . وإنما نقصد الاصطلاحات المستعملة فى بيع البضائع بيعا يوجب نقلها بالبحر بين البائع والمشترى . والبضائع إذا نقلت بالبحر

---

(١) انظر عيسى باشا بند ٨٦٤ وما بعده . والدكتور صالح بند ١ طبعة سنة ١٩٢٦

(٢) ويطلق على هذا البيع اسم Marché à terme اذا كان المبيع من الأوراق المالية المسعرة بالبورصة . ويطلق أيضا هذا التعبير الأخير على بيع البضائع المسعرة فى البورصة بدلا من Vente à livrer عند ما يكون الغرض من المبيع المضاربة على فرق السعر أى فى البيوع الصورية Ventes Fictives لا الحقيقية Effectives (ليون كان ورينو بند ٤٢٤ هامش ٢) .

(٣) ذهنى بك بنـد ٢٧٦ مكرر ص ٣٦٦ ومن رأيه عدم صحـة تسمية البيع الآجل ببيع السلم .

تصبح عرضة لأخطار أكثر من البضائع المنقولة فى البر ، ولذلك يندر أن ترسل غير مؤمّن عليها . ثم إن نقلها يحتاج إلى مصاريف كثيرة للشحن والتفريغ عدا أنها تخضع للرسوم الجمركية . ولهذه الأسباب نشأت فى البيوع البحرية بعض عادات واصطلاحات الغرض منها تحديد مكان تسليم البضاعة وانتقال ملكيتها ومعرفة من يتحمل هلاكها أو من يتحمل مصاريف نقلها والتأمين عليها أو الرسوم الواجب دفعها لامكان تخليصها من الجمارك . وقبل أن نشرح هذه الاصطلاحات نلاحظ أن المادة ٩٤/٩٩ تجارى أهلى ومختلط ليس من شأنها كما قدمنا فى مكان سابق (بند ١٧٤) وخلافا لما يرى البعض [١] أن تجعل هلاك البضاعة فى الطريق على المشترى دائما . لأنها إنما تنص على أن هلاكها "يكون على من يملكها مالم يوجد شرط بخلاف ذلك" .

وبعض الاصطلاحات البحرية المتبعة يترتب عليها اعتبار انتقال الملكية للمشترى معلقا على شرط موقف وهو وصول البضاعة سليمة إلى بلده واعتبار التسليم غير تام إلا فى هذا البلد ، فيكون هلاكها فى الطريق على البائع لأنه لم يسلمها وهو المالك لها . وسنبحث فيما يلى أولا الاصطلاحات التى يترتب عليها اعتبار التسليم وانتقال الملكية فى محل المشترى وتأثيرها فى معرفة من يتحمل مصاريف الشحن والنقل والتأمين ثم الاصطلاحات التى يترتب عليها اعتبار التسليم وانتقال الملكية فى محل البائع وتأثيرها فى المصاريف وبعد ذلك نبحث العادات الخاصة برسوم الجمارك :

أولا — التسليم بمحل المشترى Chez l'acheteur

٢١١ — (١) شرط التسليم عند الوصول A l'arrivée أو بميناء الوصول Franco à port de destinatoin أو عند التفريغ Au déchargement

(١) الهلالى بند ٤٨٥ ص ٣٠٨ ، ٤٨٧ بند ٣١٠

أو Au debarquement — وكل هذه الاصطلاحات تؤدى معنى واحدا وهو أن البائع ملزم بتسليم المبيع فى الميناء المتفق عليه للتسليم فى بلد المشترى أو فى أى بلد آخر يعينه المشترى للتسليم فيه . وقد يذهب المشترى إلى أبعد من ذلك فيشترط تسليم العربة Franco wagon [1] فلا يكفى اذا وصول البضاعة إلى الميناء وتفريغها من المركب، بل يجب على البائع أيضا أن يشحنها بالسكة الحديدية المبتدئة من الميناء أو من أقرب نقطة لها إذا لم تبتدئ منها تماما .

وفى جميع الأحوال المتقدمة يكون هلاك البضاعة على البائع الى أن يحصل تسليمها فى المكان المعين، لأن المشترى غير مكلف بالاستلام إلا فيه . وكذلك تكون عليه مصاريف شحنها فى المركب ونقلها اليها وأجرة النولون . ومن تحصيل الحاصل القول بأنه يجب عليه التأمين على البضاعة من أخطار البحر كالغرق والحريق والتلف، لأن هذا من مصلحته هو إذ لو لم يؤمن وهلكت البضاعة فالخسارة عليه . ولذلك تجرى العادة بأن يقوم هو بالتأمين على البضاعة ولكن لحسابه الخاص ، بمعنى أنه هو الملزم بدفع أقساط التأمين وله وحده الحق فى الاستيلاء على مبلغ التعويض المتفق عليه مع شركة التأمين[2] .

و بطبيعة الحال إذا هلكت البضاعة يجب على البائع أن يقدم للمشترى بضاعة أخرى من نوعها مادام التسليم لم يحصل لأنها من المثليات وإلا ألزم بالتضمينات لعدم تنفيذ العقد ، فهو إذن يفقد البضاعة والثمن وفوق ذلك

---

(١) تالير وبرسيرو بند ١٠١٦ — ١٠١٧

(٢) فى الغالب لا يحصل المؤمن ، أى البائع هنا ، على كل قيمة البضاعة المقدرة لأن العادة جرت عند شركات التأمين أن تتفق على خصم أو تنزيل Franchise بنسبة مئوية متفق عليها (تالير وبرسيرو بند ١٠٩) على أن البائع له حق الرجوع بالتعويض على الشركة صاحبة المركب اذا كان هلاك البضاعة ناشئا عن خطأ القبطان . ويمكنه أن يكتفى بهذا الحق دون مبلغ التأمين اذا أراد .

يدفع تعويضا . وقد جرت العادة ألا يكتفى بالشروط المتقدمة لأنها كلها خاصة بمكان التسليم دون زمانه . ولذلك يكثر أن يحدد ميعاد للشحن بذكر عبارة Chargement tel mois أى "الشحن شهر كذا" أو للوصول أو للتسليم Livraison tel mois . وقد يخير البائع بين الشحن فى شهر كذا والتسليم فى الشهر التالى ، وقد يكتفى بحثه على الارسال بأسرع ما يمكن Au plus vite possible . وقد عرفنا قيمة هذه الشروط عند الكلام على زمان التسليم فى الأحكام العامة فى القسم الأول من هذا الفصل فلتراجع (بند ١٧٨) .

وإذا لم تشحن البضاعة أو لم تصل حسب الاتفاق فى المواعيد المحددة أمكن للشترى رفض الاستلام وإلزام البائع بالتضمينات بعد إنذاره بوجوب التسليم فى الميعاد طبقا للقواعد العامة اذا تبين من ظروف العقد أن الوقت كان معتبرا من جوهره[1] ، كما لو ذكرت فيه عبارة "الارسال فى الوقت المناسب Expédition en temps utile" التى يفهم منها وجوب شحن البضاعة بحيث تصل فى الوقت الذى يمكن فيه تصريفها أو استعمالها فى الغرض الذى أعدت له [2] .

٢١٢ — (٢) البيع بسفينة معينة Par navire désignée — يحدث أن يشترط فى العقد شحن البضاعة بسفينة تعين فى العقد . وقد قضت المحاكم المختلطة بأن مجرد ذكر اسم إحدى السفن فى العقد يدل على أن المتعاقدين قصدا البيع بهذه السفينة [3] اذ لا يمكن أن يكون لذكرها معنى آخر . وتعيين

---

(١) س م ١٩١٣/٢/١٢ ج ت م ٢٥ ص ١٣٠

(٢) س م ١٩١٢/٥/٢٩ ج ت م ٢٤ ص ٢٦٨

(٣) س م ١٩٢٦/٥/١١ ج ت م ٣٨ ص ٤٠٢

السفينة يجعل البيع معلقا على شرط موقف يتحقق بوصول البضاعة سالمة الى ميناء الوصول Arrivée à bon port ou heureuse arrivée وتسرى عليه أحكام الشرط الموقف . وعلى ذلك إذا وصلت البضاعة سليمة فى الميعاد لزم البيع ووجب على المشترى دفع الثمن . أما اذا هلكت فى الطريق فالشرط لا يتحقق وحينئذ يلغى العقد ويعتبر كأنه لم يكن، فلا يلزم المشترى بدفع الثمن، وتهلك البضاعة على البائع، ولا يحل للمشترى مطالبة البائع بتسليمه بضاعة أخرى من نوعها أو بالتضمينات . وهنا تظهر أهمية البيع باسفينة وأهمية اعتباره معلقا على شرط موقف . اذ لولا ذلك لسرت على البيع أحكام هلاك المثليات قبل التسليم وألزم البائع بتسليم بضاعة أخرى أو دفع تضمينات ، ولولا ذلك أيضا لكان المشترى معرضا لتحمل هلاك البضاعة بدلا من البائع فى الأحوال التى يعتبر التسليم فيها عند البائع أى فى ميناء القيام والتى سنتكلم عليها فيما بعد . ويلاحظ أن أساس التعاقد فى هذا البيع هو شحن البضاعة فعلا فى المركب المعينة ، ولذلك لا تسرى الأحكام المتقدمة الا إذا كانت البضاعة فى المركب فعلا أو "عائمة Flottante" كما يقولون .

فاذا تبين أن البضاعة لم تشحن أصلا ولم تفارق ميناء القيام إما بسبب إجراء ترميمات فى المركب أو لاستيلاء السلطة المحلية عليها ثانيا فلا تسرى هذه الأحكام ويعتبر البائع مقصرا فى عدم الوفاء ويلزم بالتضمينات [١] . ويجوز للمشترى فى مثل هذه الحالة أن يستعمل حقه فى الاستعاضة [٢] عن المبيع بغيره من السوق لتغطية نفسه وإلزام البائع بالفرق طبقا للعادات المرعية (بند ١٩١ آنفا) .

---

(١) س م ١٩٢٢/٥/١٠ مج ت م ٣٤ ص ٣٩١

(٢) س م ١٩٢٣/٥/٢٣ مج ت م ٢٥ ص ٤٦٥

ويلاحظ أيضا أنه يجب لسريان أحكام بيع السفينة أن يكون التعاقد تم على أنه بيع بالسفينة ، فاذا لم يكن ذلك مشروطا وإنما قام البائع من باب المجاملة باخطار المشترى باسم السفينة التى ستشحن فيها البضاعة فانه لا يكون مسئولا قبل المشترى فى حالة ما اذا حول المشترى الفاتورة لآخر وذكر فيها اسم المركب التى أخبره البائع بها (١) .

والعبرة فى تحقق الشرط عند البيع بالسفينة هى بوصول البضاعة نفسها سليمة لا بوصول المركب وحدها(٢) . فاذا كانت البضاعة قد ألقيت فى البحر لتخفيف حمولة المركب وتنجيتها من الغرق فسخ العقد لعدم تحقق الشرط . أما إذا كان القبطان قد نقل البضاعة إلى مركب أخرى ووصلت البضاعة فى الميعاد وغرقت المركب أو تعطلت فرست فى ميناء فى الطريق فيعتبر أن الشرط تحقق وليس للمشترى أن يتضرر لأن لعادة تعيين السفينة سببا آخر سنعرفه حالا . وأما اذا تأخر وصول المركب بالبضاعة عن الميعاد فللمشترى أن ينذر البائع بالتسليم ، بل يجب عليه ذلك إذا أراد مطالبته بالتضمينات . لأنه إذا لم ينذره ووصلت البضاعة متأخرة على مركب أخرى وعرض البائع عليه استلامها لم يجز له الرجوع على البائع بتعويض ما (٣) .

بقى أن نعرف السبب فى اعتياد التجار البيع بالسفينة والأصل الذى دعا الى الاهتمام باشتراطه . يقولون (٤) إن السبب فى ذلك يرجع الى شرط آخر

(١) س م ١٢/٤/١٩٢٢ مج ت م ٣٤ ص ٣١٢

(٢) ملش وفال بند ٩٢٢

(٣) س م ٢٨/١/١٩٢٥ مج ت م ٣٧ ص ١٩٦ .

(٤) ليون كان ورينو بند ٤٢٦ ص ٣٧٣ ، صالح بند ٢٠٦ ص ٣٢٤ وملش وفال بند ٨٢٣ ص ٤٤٧

اعتاد البائعون التمسك به فى حالة هلاك البضاعة فى الطريق لحماية أنفسهم من مطالبة المشترى بتسليم بضاعة غيرها أو بتضمينات اعتمادا على أن البضاعة من المثليات التى لا تعين إلا بالتسليم وعلى أنها ما دامت لم تسلم فهلاكها على البائع الذى لا يمكنه التمسك بفسخ العقد بسبب هلاكها ولو بدون خطئه بل يلزم بتسليم غيرها مثلها أو يدفع التضمينات . ولذلك جرت العادة أن يشترط البائع اعتبار العقد موقوفا على وصول البضاعة سليمة فى ميعاد معين بحيث إذا هلكت أو ضاعت فى الطريق لا ينعقد البيع فلا يطالب بتسليم غيرها ولا يسأل عن التعويض . إلا أن هذا الشرط نفسه دل بالخبرة على أنه يفتح فى بعض الأحوال باب الغش للبائع ويسهل عليه الافلات من الصفقة إضرارا بالمشترى ، وعلى الخصوص فى حالة صعود الأسعار بعد البيع وقبل شحن البضاعة أو قبل وصولها إذ يمكنه أن يبيع البضاعة لمشتر آخر بثمن أعلى ويسلمها له ويدعى أنها ضاعت أو هلكت فى الطريق فيلغى عقده مع المشترى الأول بدون مسئولية عليه ويحرمه من الصفقة ومما كان ينتظره منها من الربح . ولهذا السبب ظهرت فائدة شرط تعيين السفينة الذى يمكّن المشترى من التحقق مما إذا كانت البضاعة شحنت بالفعل أم لا ومما إذا كانت قد هلكت حقيقة فى الطريق أم لا . وبذلك يصعب على البائع التصرف فى البضاعة والادعاء كذبا بأنها شحنت ثم ضاعت أو هلكت .

ورغم أن هذا الكلام معقول فى الظاهر إلا أنه عند التأمل يصعب التعويل عليه إلا اذا كانت دعوى البائع شحن البضاعة وهلاكها تصدق على علاتها أو يؤخذ فيها بمجرد قوله ، وهو مالا يمكن أن نتصوره ، لأن دعوى البائع الشحن أو الضياع أو الهلاك يمكن التحقق من صحتها بتكليف البائع ببيان اسم السفينة التى شحن بها البضاعة وبدون حاجة إلى سبق اشتراط بيانها فى العقد. واذا تبين أن السفينة التى ذكرها لم تغرق أو تحرق أو تصادر فى حرب أو لم

تشحن بالبضاعة أو شحنت ولكن القبطان سلمها لآخر بناء على امر البائع كان البائع مدلسا ومسئولا عن عدم تحقق الشرط ؛ إذ القاعدة أن من كان عليه واجب معلق تنفيذه على شرط وسعى فى منع تحققه اعتبر الشرط متحققا ضد مصلحته رغم عدم حصوله فعلا ، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . ولذلك لا أميل الى متابعة الكتّاب فى أن أصل شرط تعيين السفينة هو حماية المشترى من عبث البائع لأن القواعد العامة تحميه . لست خبيرا بشؤون التجارة العملية، ومع ذلك يلوح لى أن لهذا الشرط منفعة أخرى تحصر فى أنه بواسطته يستبق المشترى حريته فى رفض استلام بضاعة أخرى اذا هلكت الأولى فى الطريق وأراد البائع إلزامه باستلام مثلها . وهذه المنفعة مؤكدة فى حالة هبوط الأثمان لأن خسارته باستلام البضاعة تكون محققة زد على ذلك أنه يعرض نفسه لدعوى تعويض من جانب البائع اذا رفض الاستلام ؛ وبتعيين السفينة يدرأ هذه المسئوليات عن نفسه لأنها اذا هلكت فسخ العقد ولم يلزم لا باستلام مثلها ولا بتعويض عن عدم الاستلام ، كما أن البائع يدرأ عن نفسه مسئولية تسليم بضاعة أخرى أو دفع تعويض بتعليق البيع على وصول البضاعة فى الميعاد .

٢١٣ — (٣) البيع بسفينة تعين فيما بعد A désigner — هذا البيع صورة أخرى من صور البيع بسفينة معينة . ويختلف عنه فى كون السفينة غير معينة فى العقد ولكن يعطى فيه مهلة للبائع يعين فيها السفينة التى شحنت أو ستشحن فيها البضاعة، وحينئذ يجب عليه أن يخطر البائع فى الميعاد المحدد باسم السفينة والقبطان وخط سيرها(١) . ويترتب على عدم الاخطار فى الميعاد نتائج مختلفة للمشترى اختيار احداها ، فاما أن يطلب فسخ الصفقة والتعويض

(١) تالير و برسيرو بند ١٠٢٣ ص ٦٢٦

إن كان له وجه ، وإما أن يعتبر البيع تاما والشرط محققا لأن عدم تحققه حصل بامتناع البائع عن الاخطار باختياره فيعتبر كأنه تحقق . وفى هذه الحالة الأخيرة يجوز للمشترى أن يستعمل حقه فى تغطية نفسه والاستعاضة عن البضاعة بمثلها من السوق أو يمد الميعاد للبائع ويعطيه مهلة أخرى لتعيين السفينة (١) .

ملاحظة — سواء أكان البيع بسفينة معينة أم تعين فيما بعد فمصاريف الشحن والنقل والتأمين على البائع مالم يوجد شرط بخلاف ذلك ، لأنه ما دام أن التسليم يحصل بمحل المشترى فتقع كل هذه المصاريف على البائع طبقا للقواعد العامة التى تقضى بأن تكون مصاريف تسليم المبيع أو نقله الى مكان التسليم على البائع (٢٨٣/٣٥٥ م ١ م) .

ثانيا — التسليم بمحل البائع Chez le vendeur

٢١٤ — وجوب التسليم فى محل البائع اذا كان المبيع معينا بنوعه كما هو فى بيع البضائع لايحتاج الى النص عليه فى العقد بوجه خاص لأن القاعدة هى حصول التسليم بمحل البائع اذا لم ينص فى العقد على خلاف ذلك (بند ١٧٨ آنفا) . واذا حصل التسليم بمحل البائع فمعنى ذلك أن العقد يكون قد نفذ ، ولذلك تنتقل الملكية من وقت التسليم إن لم تكن قد انتقلت قبل ذلك بسبب آخر ، ويكون هلاك المبيع فى الطريق على المشترى ، كما أن المشترى هو الذى يتحمل مصاريف النقل بعد التسليم وعليه هو تقع مسئولية التأمين واليه تعود منفعته مالم يشترط فى العقد أو مالم يوجد فيه من الاصطلاحات

---

(١) تالير وبرسيرو بند ١٠٢٣ ص ٦٢٦ وليون كان ورينو بند ٤٢٦ ص ٣٧٣ — ٣٧٤

ما يؤدى الى عكس هذه النتيجة . والاصطلاحات الآتية ترمى فى العادة الى بيان من يتحمل مصاريف النقل والتأمين أكثر ممـا ترمى الى مسألة نقل الملكية أو الهلاك .

٢١٥ — (١) البيع تسليم السفينة France à bord ويرمز له عادة بالحروف الثلاثة أوتسليم الإقلاع FOB أو تسليم الميناء (ميناء القيام) أوالتسليم عند القيام Franco au départ أو عند الشحن Au chargement — كل هذه الاصطلاحات تؤدى معنى واحدا[1] وهو أن البائع خالى المسئولية من مصاريف نقل البضاعة والتأمين عليها ، لأن التسليم تم من جهته بشحن البضاعة. ويعتبر القبطان وكيلا عن المشترى فى الاستلام . وعلى ذلك تسافر البضاعة على مسئوليـة مالكها وهو المشترى فاذا هلكت البضاعة هلكت عليه ويجب عليه هو أن يؤمِّن عليها ويدفع أقساط التأمين ، وله وحده حق الاستيلاء على قيمة مبلغ التأمين اذا هلكت أو تلفت فى الطريق[2] . هـذا من جهة ومن جهة أخرى اذا أفلس البائع والبضاعة فى الطريق كانت ملكا للمشـترى دون التفليسة[3] . وليس فى هـذا شيء يخالف القواعد العـامة المقررة فى المـادة ٢٨٤/٥٦ م أ م التى تقضى بأن مصاريف المشال والنقل على المشترى مالم تقض العادات التجارية بخلاف ذلك والعادات التجارية ، لا تقضى بخـلاف ذلك الا اذا ذكر فى العقد الاصطلاح الآتى وهو الذى سنتكلم عليه فى البند التالى .

---

(١) تاليرو برسيرو بند ١١٠٦

(٢) المرجع السابق بند ١٠٢٠

(٣) المرجع السابق بند ١٠١٨ وانظر س م ١٩٢٠/٤/٢٤ مج ت م ٣٢ ص ٢٨٦ ، ١٩١٣/٢٢/٣ مج ت م ٢٦ ص ٧١ و ١٩٢٠/٤/٢١ مج ت م ٣٢ ص ٢٨٦ ، دمياط الجزئية ١٧٢٤/١١/٢٤ محاماة نمرة ٣٠٠ ، وملش وفال بند ٧٨٥ ص ٤٢٥ . ومع ذلك فقد قررا عكس ذلك فى موضع آخر بند ٨٢٤ ص ٤٤٨ اذ قالا بأن مصاريف النقل والتأمين على المشترى وأن الملكية لا تنتقل اليه الا عند وصول البضاعة الى ميناء الوصول وأن هلاكها فى الطريق على البائع . ولا بد أن هذا من قبيل السهو خصوصا وأن الجملة فيها تعارض بيّن بين أجزائها .

٢١٦ — (٢) شرط إضافة المصاريف والتأمين والنولون على الثمن — ويرمز له عادة فى الفرنسية بالحروف CAF ويرمز له فى الانجليزية بالحروف CIF . والأولى اختصار لكلمات Coût, assurance, frêt ، والثانية اختصار لكلمات Costs, insurance, and freight . وكلاهما بمعنى واحد وهو أن البائع يتحمل مصاريف البضاعة والتأمين وقيمة النولون أى أجرة النقل الى ميناء الوصول[1] . وفى هـذه الحالة يطلب البائع بطبيعة الحال ثمنا عاليا يكفى لتغطية تلك المصاريف[2] . وليس لهذا الشرط بمفرده أى تأثير على وقت انتقال الملكية للمشترى ولا على ضمان هلاك البضاعة فى الطريق . ولذلك يجب لمعرفة متى تنتقل الملكية وعلى من يكون الهلاك فى البيع مع إضافة المصاريف والنولون والتأمين على الثمن أن يرجع الى شروط العقد الأخرى. فاذا كان التسليم عند القيام أو عند الشحن كان المشترى هو المالك من وقت الشحن ويكون خطر البضاعة فى الطريق عليـه ، واذا كان التسليم فى ميناء الوصول كما لو كان البيع بسفينة معينة لم تنتقل الملكية للمشترى الا بوصول البضاعة ولذلك فهلاكها فى الطريق على البائع .

على أنه يلاحظ أنه فى حالة البيع بسفينة معينة مع شرط إضافة المصاريف الخ على الثمن وكذلك فى كل حالة لا تنتقل فيها الملكية الى المشترى الا بوصول البضاعة يفقد هذا الشرط معناه لأن المصاريف فى هذه الحالات على البائع من الأصل . ولذلك قضت المحاكم المختلطة بأنه فى الأحوال المذكورة لا يكون لشرط إضافة المصاريف الخ معنى أكثر من كونه يبين طريقـة دفع الثمن دون أن يكون له أى تأثير على مسألة الملكية والهلاك[3] .

---

(١) شيرون بند ٨٣

(٢) تالير و برسبرو بند ١٢٢٢ وقارن بند ١٢٠

(٣) س م ٢٢/٥/١٩٢٦ مج ت م ٣٨ ص ٤٠٢

على أنه اذا لم يكن بالعقد شرط آخر يؤثر فى انتقال الملكية ولم يكن فيه غير شرط إضافة المصاريف الخ فتسرى عليه القواعد العامة ويعتبر التسليم بمحل البائع ويكون المشترى هو المالك من وقت التسليم وتسافر البضاعة على مسئوليته ، واذا هلكت تهلك عليه[1] .

٢١٧ — ما يترتب على هذا الشرط — واجبات البائع — يترتب على هذا الشرط أن البائع تقع عليه واجبات جديدة غير واجباته المعروفة فى البيع العادى . وهذه الواجبات هى :

أولا — دفع مصاريف الشحن وأجرة النقل . ولذلك يجب أن تصل البضاعة الى المشترى خالصة أجرة النقل .

ثانيا — يجب عليه التأمين على البضاعة ودفع أقساط التأمين . ولكن التأمين لا يكون لحسابه هو بل لحساب المشترى ولمصلحته . بمعنى أنه اذا هلكت البضاعة أو تلفت فالمشترى له الحق فى الاستيلاء على مبلغ التأمين ويحل محل البائع قبل شركة التأمين . واذا أهمل البائع فى حفظ حقوق المشترى قبل شركة التأمين طبقا للقوانين كان مسئولا أمام المشترى[2] ولمعرفة من أى الأخطار يجب التأمين يجب الرجوع الى العادات التجارية لأن هذا الشرط من مبتكرات التجارة فيجب تفسيره وتحديد مدى ما ينتج عنه من الواجبات على هدى العادات السارية فيها والمتعلقة به . ولا شك أن العادات التجارية الثابتة تقضى بالتأمين على مختلف البضائع من الأخطار

---

(١) تالير وبرسيرو بند ١٠٢٢ و س م ١٩٢٠/٤/١٤ و ١٩٢٥/٥/٢٠ و ١٩٢٧/١/١٩ مج ت م ٣٢ ص ٢٧٦ و ٣٧ ص ٤٤٢ و ٣٩ ص ١٧٨

(٢) س م ١٩٢١/٤/٢٠ مج ت م ٣٣ ص ٢٧٩

البحرية كالغرق والحريق . أما التأمين عن غيرها من الأخطار كالكسر فى الزجاج مثلا فقد تختلف بشأنه العادات المحلية ويجب الرجوع فيه اليها . ولذلك قضت المحاكم المختلطة إلزام البائع بالتأمين على زجاج الفترينات من الكسر لأن العادة المحلية لم تجر به[١] .

ثالثا — يجب على البائع أن يسلم للمشترى فى المكان المتفق عليه جميع الأوراق الخاصة[٢] بالبضائع والتى تمكنه من استعمال حقوقه سواء فى استلام البضاعة أو فى تحصيل مبلغ التأمين وهى عادة حافظة الشحن Connaissement وفاتورة الثمن Facture و بوليسة التأمين La police d'assurance . واذا كانت البضاعة المبيعة مرسلة ضمن بضاعة أخرى فيجب أن يعمل بها حافظة خاصة[٣] و بوليسة تأمين خاصة أيضا زيادة على الفاتورة ومستقلة عن حافظة شحن و بوليسة باقى البضائع المرسلة من البائع مع البضائع المبيعة . ويجب طبقا للعادة التجارية أن ترسل هذه الأوراق للمشترى قبل وصول المركب وعلى الأكثر قبل فتح الطرود أو الأوعية المحتوية على البضاعة[٤] وطبيعى أن إرسال حافظة خاصة و بوليسة خاصة معناه وجوب فرز البضاعة المبيعة وتجنيبها عن بقية الشحنة التى أرسلت ضمنها . ولذلك يجب على البائع فرز البضاعة المبيعة وتجنيبها قبل إبحار المركب أو عند الشحن[٥] . وهذا الفرز Inividualisation هو الذى يترتب عليه فى الواقع انتقال الملكية الى

(١) س م ٢٠/٢/١٩٣٤ مج ت م ٣٦ ص ٢٣٢

(٢) قارن س م ٢١/١٢/١٩٢٧ مج ت م ٤٠ ص ٩٨

(٣) س م ٩/١١/١٩٢١ مج ت م ٣٤ ص ١٨٦ ٣/١٩٢٥ مج ت م ٣٧ ص ٢٣٦

(٤) الأحكام المذكورة فى الهامش السابق و س م ١٧/٣/١٩٢٦ مج ت م ٣٨ ص ١٩٢

(٥) الأحكام المذكورة فى هامش ٨ هنا .

المشترى من وقت الشحن، زد على ذلك أنه لازم لكى يمكن معرفة هل هى البضاعة التى هلكت ويجب الرجوع بشأنها على شركة التأمين أم لا .

تأثير الاتفاق على تسليم سند أى إيصال بتسليم البضاعة Bon de Liuraison على شركة مخازن عمومية بدلا من الحافظة — قد تجرى العادة المحلية بجواز تسليم سند على شركة المخازن العمومية كشركة البوندد المعروفة بمصر بدلا من الحافظة . وقد يتفق على ذلك صراحة . والظاهر من قضاء المحاكم المختلطة أن تسليم السند بدلا من الحافظة قد يؤثر على أحكام البيع بشرط إضافة المصاريف الخ أى البيع CAF إن لم يقلبها رأسا على عقب . فقد قضت بأنه فى حالة الاتفاق على تسليم سند من هذه السندات بدل الحافظة لا يجب على البائع أن يفرز البضاعة عند الشحن . وهذا بدوره يترتب عليه عدم تعيين البضاعة فتظل معينة بالنوع فقط . وهذا بدوره يترتب عليه عدم انتقال ملكيتها الى المشترى وتبقى الملكية للبائع الى أن يحصل تسليمها فعلا بميناء الوصول ، واذا هلكت فى الطريق تهلك على البائع أيضاً لحصول الهلاك قبل التسليم الذى لا يكفى فيه شحنها فى هذه الحالة . أى أن الاتفاق على تسليم سند بدل الحافظة حكمه يخالف حكم البيع CAF على خط مستقيم[1] .

ولكن يظهر ان محل ذلك ألا تكون البضاعة معينة فى السند تعيينا كافيا بحيث يمكن الاستغناء به عن الفرز أو اعتبارها فى حكم المفروزة وعلى الخصوص اذا استوفى السند كل الضمانات التى تقضى العادة باستيفائها . فاذا كانت معينة والسند مستوفيا وجرت العادة بامكان حلوله محل الحافظة لم يتغير شىء من حكم البيع CAF لمجرد تسليم السند بدل الحافظة[2] . واذا اتفق على أن

(١) س م ١٨/٢/١٩٢٥ مج ت م ٣٧ ص ٢٣٦ ، ١٧/٣/١٩٣٦ مج ت م ٣٨ ص ٢٩٢ ، ١١/١٢/١٩٢٧ مج ت م ٤٠ ص ٩٨

(٢) الحكم الأخير المذكور فى الهامش السابق .

يكون البائع مخيرا بين تسليم الأوراق المعتادة فى البيع CAF أو سـند تسليمه لم يجز للمشترى أن يطلب إبطال البيع بدعوى التعارض بين الشرطين[١] .

رابعا — يجب على البائع فى البيع CAF أن يختار أقرب طريق مباشر[٢] لارسال البضاعة ، وعلى الخصوص اذا كانت البضاعة من البضائع التى تتأثر بأقل مؤثر كالزجاج ، اذ لو أهمل واختار طريقا غير مباشر وترتب على نقل البضاعة من مركب لأخرى كسرها أمكن اعتباره مسئولا عن قيمة التلف ويخصم منها قيمة الكسر المتسامح فيه عادة . أما اذا لم يقع منه إهمال فالهلاك أو التلف طبعا على المشترى اذا كان حاصلا أثناء الطريق لا قبل الشحن[٣] . ولا يعتبر البائع مسئولا عن التلف الحاصل فى البضاعة بسبب طول بقائها فى مخازن البضائع فى المركب Cales [٤] . ولا يعتـبر البائع مسئولا عن تأخر السفينة عن القيام إذا كان معتقدا أنها مستعدة للسفر ولا عن تأخرها بسبب نقل البضائع الى مركب أخرى فى الطريق بدون علمـه إذ للقبطان الحق فى ذلك عند اللزوم[٥] .

ويلاحظ أن البضاعة اذا وصلت ناقصة بسبب حالة الأكياس التى وضعت فيها فليس للمشترى رفض استلام الباقى منها بل عليه أن يثبت مقدار النقص ويطالب برد قيمته من الثمن[٦] .

---

(١) الهامش السابق .

(٢) س م ١٩٢٥/٢/٢٠ مج ت م ٣٦ ص ٢٣٢

(٣) س م ١٩٢٥/٥/٢٩ مج ت م ٣٧ ص ٤٦٤

(٤) س م ١٩٢٠/٤/١٤ مج ت م ٣٢ ص ٢٧٦

(٥) س م ١٩٢٧/١/١٠٧ مج ت م ٣٩ ص ١٧٨

(٦) انظر هامش ٤ على هذه الصفحة

ثالثا — الاصطلاحات الخاصة برسوم الجمارك(١)

٢١٨ — يتحمل رسوم الجمارك إما البائع أو المشترى على حسب الأحوال . والقاعدة الأصلية أن الرسوم يتحملها من يملك البضاعة وقت استحقاق الرسم . فاذا كان البيع بشرط تسليم ميناء القيام أو تسليم المركب وجبت الرسوم على المشترى لأنه هو المالك للبضاعة من وقت الشحن وأثناء سفرها فاذا كان لا يمكن السماح لها بدخول البلد الا بدفع رسوم معينة وجبت عليه هذه الرسوم . والعلة ظاهرة . لأن الرسوم من ضمن مصاريف النقل وهى واجبة عليه . أما اذا كان البيع بشرط تسليم ميناء الوصول كما هى الحال فى البيع بسفينة معينة أو عند اشتراط ذلك صراحة فالأصل أنها تقع على البائع لأنه مكلف بتخلية المبيع بحيث يمكن للمشترى أن يضع عليه يده بدون حائل ولا مانع سواء من جهته أو من جهة غيره ، والمشترى لا يمكنه أن يضع يده على البضاعة بدون دفع الرسوم لأن ادارة الجمارك تمنعه من ذلك فيجب على البائع إزالة المانع بدفع الرسوم ، وقبل ذلك لا يعتبر أنه سلم البضاعة .

هذا من جهة ومن جهة أخرى فالمفروض أنه روعى فى تحديد الثمن مقدار ما تتعرض له البضائع من الرسوم فيتمسك البائع بثمن يكفى ليضمن له ربحا فوق ثمن الانتاج مضافا اليه نفقات التسليم والرسوم . واذا زادت الرسوم بعد البيع وقبل التسليم فالزيادة يتحملها البائع أيضا وليس له أن يطالب المشترى بها اذا نقصت واستفاد الفرق بين ما قدّره من النفقات فى مقابل الرسوم وبين ما دفعه منها فعلا .

---

(١) انظر ليون كان ورينو بند ٤٣٧ — ٤٢٨ وشيرون بند ٨٣ (٤) ص ٤٦ وذهنى بند ١٧٩

والبضائع التى ترد الى مصر تارة تكون معدة بحسب غرض المشترى الى تصريفها داخل القطر أو كما يقولون الى الاستهلاك à la consommation وتارة تكون معدة للتصدير الى بلد آخر أو إعادة التصدير Réexportation أى أنها تمر بمصر فقط (ترانسيت) Transit وفى هـذه الحالة الأخيرة من العدل ألا تدفع البضائع نفس الرسوم التى تدفعها البضائع المعدة للاستهلاك فى القطر ولكن خوفا من أن تُستورد بضائع برسم الترانسيت وهى فى الواقع معدة للاستهلاك هربا من الرسوم العادية تهتم مصلحة الجمارك بايداعها فى مخازن الجمرك Entrepôts التى وصلت اليه الى أن يعاد تصديرها . وتودع فيها أيضا البضائع المعدة للاستهلاك داخل القطر والتى لم تدفع الرسوم المستحقة عليها بعد . ويستمر ايداعها الى أن تدفع أو تباع بواسطة عمال الجمرك لتحصيل ما عليها طبقا للوائح الجمركية . وهذه المخازن أبنية عمومية مملوكة للحكومة وتابعة لمصلحة الجمارك ولكنها قد تضيق بالبضاعة المودعة فيها ولا تحتمل غيرها ، وفى هذه الحالة يجوز بشروط خاصة ايداع البضائع فى مخازن غير تابعة للجمرك كالمخازن العمومية مثلا أو فى أكثر الحالات فى مخزن التاجر صاحب البضاعة أو مشتريها نفسه ولو لم تدفع عنهـا الرسوم المستحقة . ويقال لمخازن الجمـارك المخازن الحقيقية Entrepôts réels . ويقال لغيرها من المخازن المخازن الحكمية Fictifs لأن البضائع الموجودة فيها تعتبر أنها لا تزال فى المخازن الحقيقيـة الى أن تدفع الرسوم المستحقة عليها ، فكأنها فى المخازن الحقيقية حكما ، ولذلك تظل تحت مراقبة الادارة لئلا تباع للاستهلاك وتسلم للمشترين قبل دفع الرسوم المفروضة .

ولقد تباع هـذه البضاعة وهى فى المخزن على أن تسدد الرسوم قبل نقلها وفى هذه الحالة يتحمل البائع أو المشترى الرسوم المستحقة بحسب الشروط والاصطلاحات المتفق عليها والتى تنحصر فيما يأتى :

(١) البيـــع بشرط التخليص À l'acquitté أو عنـــد الاستهلاك À la consommation — اذا حصل البيع بشرط التخليص أو الاستهلاك كان معناه أن المشترى لا يقبل استلام البضاعة داخل المخزن بل خارجه أو بالأحرى لا يلتزم هو بالتخليص عليها من الجمرك بل يلتزم به البائع وعليه دفع الرسوم المستحقة حتى تكون جاهزة للاستهلاك. واذا زادت قيمة الرسوم فى هذه الفترة فالزيادة على البائع .

(٢) البيع بالمخزن À l'entrepôt — وفى هذه الحالة يلتزم المشترى بالاستلام داخل المخزن أى ان التخليص عليها وإخراجها منه واجب عليه وعليـه دفع الرسوم. واذا باع المشترى بضاعة قبل سحبها من الجمرك فالمشترى الثانى يجب عليه ما يجب على الأول ، وهكذا . واذا زادت الرسوم فى هذه الحالة كانت الزيادة على المشترى .

(٣) البيع بشرط التخليص مع حق الاســتلام بالمخزن À l'acquitté avec faculté de dépôt — فى هذه الحالة يحدد الثمن بحيث يشمل رسوم الجمرك ويكون على البائع التخليص على البضاعة من الجمرك ودفع الرســوم . ولكن المشترى له الحق فى اســتلامها داخل الجمرك مع خصم الرســوم . واذا زادت الرسوم أو قلت كانت الزيادة على البائع والنقص له ، على أن للمشترى عند استلامها من المخزن أن يخصم الرسوم المستحقة عليها يوم الاستلام لا يوم العقد . .

ملحق ١ [1]

فى بيع المحل التجارى (الجدك)

٢١٩ — لم يصدر فى مصر قانون خاص ببيع المحل التجارى Fonds de commerce كالقانون الصادر به فى فرنسا سنة ١٩٠٩ والمعدل فى سنتى ١٩١٣ ، ١٩١٨ ، وفى غياب التشريع الخاص بالمحل التجارى تجرى المحاكم المصرية عليه أحكام البيع العامة مهتدية عند اللزوم بالعرف والعادات التجارية من ناحية وبقواعد العدل والإنصاف من ناحية أخرى .

وقد عرفنا عند الكلام على الأعمال التجارية أن بيع المحل التجارى يعتبر عملا تجاريا سواء من جانب المشترى أو من جانب البائع ، لأنه بالنسبة للأول يعتبر بدأ حياته التجارية إن لم يكن قد اشتغل بالتجارة من قبل ؛ وبالنسبة للثانى ختام حياته التجارية الا اذا كان ينوى أن يستمر فيها فى مكان آخر أو أن يشتغل بتجارة أخرى . ولذلك يجب لصحة البيع أن تتوافر فى كل من البائع والمشترى أهلية الاتجار . وليس من الضرورى أن يثبت البيع بعقد كتابى ، بل يجوز أن يحصل العقد مشافهة مهما كانت قيمة المحل أو قيمة الثمن الذى دفع فيه . ولكن الكتابة أضمن وأحفظ لحقوق الطرفين نظرا لأن المبيع ليس شيئا واحدا فى الواقع بل يتكون من جملة أشياء أو عناصر

---

(١) راجع فى هذا الموضوع مونتييه وفوكون بيع ورهن المحل التجارى الطبعة الثالثة سنة ١٩١٣ ، وانظر بوتو مع شيرول شرح نظرى وعملى لمحال التجارة والصناعة طبعة سنة ١٩١٠ ، وانظر تالير و برسيرو بند ٧٩ وما بعده ، وليون كان ورينو بند ٤٣٢ وما بعده وفال وسلش بند ٨٢٥ وما بعده ، وانظر مقال فى المحل التجارى ورهنه فى مصر منشور بمجلة مصر العصرية عدد ١٢ ص ١

مختلفة ولأنه قد يصعب التمسك بالبيع إزاء الغير بالنسبة لبعض العناصر التى يتكون منها المحل بدون كتابة ؛ والغالب عملا بين التجار أن يحرر عقد ببيع المحل .

على أنه اذا كان بيع المحل التجارى يخضع لأحكام البيع العامة فان تطبيقها فى بعض مسائله يثير مشاكل من لون خاص يجب لفت نظر الطلبة اليها وفيما يلى أهم تلك المسائل :

٢٢٠ — (أولا) عناصر المحل التجارى — يتكون المحل التجارى من مجموعة أشياء مختلفة بعضها حسّى أو مادى وبعضها غير حسى أو معنوى .

والعناصر المادية التى تدخل فى تكوين المحل التجارى هى البضائع أو المواد الأولية اذا كان المحل مصنعا أو فاوريقة مثلا والمهمات والأدوات اللازمة لادارته كالرفوف والطاولات (أو البنوك) والحواجز والدواليب والآلات الكاتبة والحاسبة والخزائن واللوحات المكتوب عليها اسم المحل (اليفط) والشارات، ولكن لا يدخل فيها المكان الذى يوجد به المحل اذا كان مملوكا للبائع [1] .

والعناصر المعنوية التى تدخل فى تكوينه هى :

(١) اسم المحل التجارى La raison, ou nom, de commerce .

(٢) سمعة المحل أى صلته بعملائه الدائمين Clientèle والعرضيين Achalandage .

---

(١) تالير وبرسيرو بند ٨٥ والأحكام المشار اليها فيه .

(٣) حقوق الملكية الفنية والصناعية والتجارية مثل شهادات الاختراع Brevet d'invention وعلامات الفاوريقة Marque de fabrique وعلامة المحل Enseigne والرسوم Dessins والنماذج Modéles .

(٤) حق إيجار المكان الذى يوجد به المحل إذا كان غير مملوك للبائع .

وكل هذه الأشياء أو العناصر لازمة لادارة المحل ونجاحه . والعناصر المعنوية تعتبر فى المقام الأول من بينها وعلى الخصوص سمعة المحل أو علاقته بعملائه فان لها أهمية فى نظر صاحب المحل وفى نظر من يشتريه أو هى الكل فى الكل اذا اعتبرنا العوامل التى تؤدى الى نجاح المحل ورواج أعماله . ولذلك تذهب المحاكم فى فرنسا الى اعتبار المحل التجارى بجميع عناصره مجموعا واحدا من الوجهة القانونية Une universalilé juridique . ولغلبة العناصر المعنوية فيه يعتبر هذا المجموع كما لو كان منقولا واحدا غير حسّى[1] .

ولكن الفقهاء وان كانوا يسلمون بأن البيع يقع على منقول معنوى نظرا لأن الغرض الأساسى منه هو انتفاع المشترى بسمعة المحل الذى يشتريه والحصول على عملائه إلا أنهم ينازعون فى اعتبار عناصر المحل التجاوى كلها مجموعا واحدا من الوجهة القانونية نظرا لغرابة النتائج التى قد تترتب على هذا الاعتبار[2] . إن صاحب المحل قد ينظر الى الأشياء المختلفة التى يتكون منها محله أو تتصل به كأنها مجموع واحد فى الواقع لاعتبارات عملية بحتة لأنها جميعا موجهة وجهة واحدة وهى نجاح المحل . ولكن هذه الاعتبارات الواقعية أو العملية البحتة ليس من شأنها أن تؤثر فى استقلال كل منها عن الآخر من الوجهة القانونية ، وعلى الخصوص من جهة الآثار القانونية التى

---

(١) ليون كان ورينو بند ٣٨٢ ص ٣٧٨

(٢) انظر تعليق برسيرو على حكم محكمة روان ١٤/١١/١٩٠٨ داللوز ١١/٢/١٤ ٢٣١ ، وانظر ليون كان ورينو ص ٣٧٨ بند ٤٣٢ ، وانظر على الخصوص تالير و برسيرو بند ٨٩—٨٩

تترتب على بيع المحل أو إفلاسه. اذ لو كانت كلها وحدة قانونية حقيقة لكانت تنتقل بحكم بيع المحل وبمجرد حصوله بدون حاجة الى تعيينها فى عقد البيع ، ولكان على المشترى أن يحصّل لحسابه الديون المستحقة على الغير للمحل الذى اشتراه وأن يدفع من جيبه الديون المستحقة عليه بدون رجوع على البائع فى حالة ما اذا زاد ما يدفعه من الديون على ما يحصله منها ، ولوجب الفصل بين ديون التاجر وبين ديون محله وبين دائنى التاجر ودائنى محله واعتبار الوحدة التى يتكون منها المحل وحدها ضامنــة لوفاء ديون المحل وإعطاء دائنى المحل حق الأولوية على دائنى صاحب المحل اذا أفلس فى حصوله على ديونهم منها[1].

والواقع غير هذا لأن منها أى من عناصر المحل مالا يدخل فى بيعه الا بالنص عليه فى عقد البيع أو طبقا لغرض المتعاقدين ، ولأن المشترى لا تنتقل اليه ديون البائع المطلوبة منه أو له ، ولأن الفصل بين التاجر الفرد وبين محله والتفريق بالتالى بين دائنيه شخصيا ودائنى محله نظرية لا تتفق وروح القوانين السارية عندنا. زد على ذلك أن كيفية نقل ملكية كل من عناصر المحل المبيع الى المشترى تختلف باختلاف طبيعة كل منها . وهذا ما يقضى على نظرية وحدة عناصر المحل من الوجهة القانونية .

٢٢١ — (ثانيا) ما يدخل فى بيع المحل التجارى تبعا وما لا يدخل — هــذه مسألة تتوقف على نية المتعاقدين[2] وعلى الخصوص فى مصر التى لم يصدر فيها قانون خاص ببيان أحكام بيع المحل التجارى كالقانون الفرنسى الصادر سنة ١٩٠٩ . وليس ما يمنع المتعاقدين من

(١) بطبيعة الحال لا غرابة فى هذه النتيجة الأخيرة اذا كان المحل تابعا لشركة لأن الشركة لها شخصية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيمكن بسهولة الفصل بين المحل باعتباره من أموال الشركة وبين أموال الشركاء الخاصــة . أما اذا كان صاحب المحــل هو أحد أفراد التجار أو رجال الصناعة فمن العبث فى ظل تشريعنا الحالى الفصل بينه وبين محله وتقسيم دائنيه الى دائنين شخصيين ودائنين للمحل.

(٢) انظر س م ٢٩/١/١٨٩٩ مج ت م ٢١١

قصر مفعول البيع على سمعة المحل واسمه التجارى مثلا وعلامات التجارة والصناعة دون البضائع وغيرها من المفردات ، أو جعله شاملا لكل المفردات مادية ومعنوية . والغالب أنه يقع على العناصر المادية كلها من بضائع وأدوات وعلى معظم العناصر المعنوية كاسم المحل وسمعته وعلامات التجارة والصناعة والرسوم والنماذج الخاصة به . وقد تشمل أيضا حسب الاتفاق حقا أو أكثر من حقوق الاختراع التى للبائع . وقد تفهم نية المتعاقدين ويعرف قصدهما من ظروف العقد لا من صريح ألفاظه .

ومع ذلك يجب أن نلاحظ أن سمعة المحل وعلاقته بعملائه تعتبر أقوى العوامل التى تؤثر فى المشترى وتحمله على الشراء وأنها لذلك يجب أن تعتبر طبقا لنية المتعاقدين المفروضة واعتمادا على العرف والعادة داخلة حتما فى بيع المحل ولو لم ينص عليها صراحة فى العقد . على أن للطرفين حرية واسعة فى تعيين الحدود التى لا يجوز للبائع أن يتعداها فى مسألة علاقاته بعملائه السابقين . وسنزيد هذه النقطة بيانا فيما يلى عند الكلام على حق البائع فى فتح محل جديد Droit de rétablissement .

٢٢٢ — هل يدخل ما للمحل Son actif وما عليه Son passif من الديون فى بيعه تبعا له — القاعدة المتبعة أن ديون المحل سواء منها المطلوبة له أو المطلوبة منه تبقى على ذمة بائعه وهو المدين أو الدائن الأصلى فيها . وعليه وحده تقع مسئولية دفع المطلوب منه وله وحده حق المطالبة بما له . وهذه القاعدة تسرى حتما اذا لم يوجد اتفاق بين بائع المحل ومشتريه على مصير ديونه الايجابية والسلبية[1] .

(١) ليون كان ورينو بند ٤٣٢ ص ٣٧٩ وتالير وبرسيرو بند ٨٩ ص ٧٣ . وانظر س م ١٩٣٠/١٢/٣ ج ١٩٨/١٢ — ٢٢٥

ولكن ما الحكم اذا تناولاها فى الاتفاق ؟ يجب التفريق فى هذه الحالة بين ما للمحل من الديون وبين ما عليه منها . أما ما للمحل من الديون فالاتفاق على دخولها فى البيع جائز لا غبار عليه ويعتبر التنازل عنها من البائع للمشترى حوالة تراعى أحكامها . أما ما على المحل من الديون فالاتفاق على تحميل المشترى بدفعها لا يسرى فى حق دائنى البائع ولا يترتب عليه إعفاؤه من تعهده بها أمامهم لأن ذلك يعتبر تجديدا للدين بتغيير المدين وهو ما لا يجوز الا بموافقتهم [1] .

أما فيما بين بائع المحل ومشتريه فالاتفاق صحيح ويعتبر كتفويض أو إنابة من البائع للمشترى فى وفاء الدين بالنيابة عنه مع بقائه مسئولا عنه إزاء دائنيه [2] .

ملكية المكان الموجود به المحل — اذا كان المخزن أو الحانوت أو المكان الذى يوجد به المحل التجارى غير مملوك لصاحب المحل فانه لا يدخل طبعا فى المبيع تبعا . وكذلك لا يدخل فى المبيع تبعا ولو كان مملوكا له . ولذلك اذا أريد أن تنتقل ملكيته الى المشترى فلا بد من الاتفاق على ذلك صراحة فى عقد البيع مع مراعاة القواعد والاجراءات المقررة قانونا لنقل ملكية العقار .

---

(١) ليون كان ورينو بند ٤٣٢ ص ٣٧٨

(٢) هل يجوز لدائنى البائع مطالبة المشترى بدفع الثمن اليهم مباشرة ؟ هذه مسألة غير السابقة ويسرى فيها القواعد العامة بدون تحوير . وقد حكمت فيها المحاكم المختلطة بهذا المعنى اذ قررت أن دائنى بائع المحل التجارى ليس لهم حق مباشر ضد المشترى فلا يمكنهم أن يرفعوا عليه باسمهم دعوى لمطالبته بدفع الثمن اليهم . وانما كل مالهم هو أن يستوفوا ديونهم من الثمن أى بطريق الحجز على الثمن تحت يد المشترى أو بطريق الدعوى غير المباشرة س م ١٧/١٢/١٩٣٠ مجـ ت م ٤٣ ص ٩٠ ، ١٨/٣/١٩٣١ نفس العدد ص ٣٠٠ ، ١٠/٥/١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ٢٤٨ وانما تجوز لهم مقاضاة المشترى مباشرة فى حالة واحدة وهى حالة الاتفاق فى عقد البيع على تكليف المشترى بدفع ديون البائع لدائنيه لأن هذا الاتفاق يعتبر تعاقدا لمصلحتهم كما يقول الأستاذان ملش وفال بند ٨٣٩ على اعتبار أن هناك تفويضا أو إنابة Délégation كما قدمنا فى الشرح .

٢٢٣ — ثالثا — طريقة انتقال ملكية المحل للمشترى — رفضنا فى البند الذى قبل السابق فكرة وحدة عناصر المحل التجارى من الوجهة القانونية، وقررنا أنها رغم اتحادها فى الواقع واتجاهها عملا فى اتجاه واحد وهى نجاح المحل تظل حافظة لكيانها القانونى واستقلالها بعضها عن بعض . ويترتب على ذلك أن كل عنصر أو كل مفردة من مفردات المحل التجارى تنتقل ملكيتها الى مشتريها بحسب طبيعتها . فالبضائع والعناصر المادية الأخرى تنتقل ملكيتها إليه بمجرد العقد ولكن انتقالها لا يسرى على الغير الحسن النية الا بالتسليم طبقا للقواعد العامة المقررة فى نقل ملكية المنقولات المادية بالنسبة للتعاقدين وبالنسبة للغير . وعلى ذلك لو باعها البائع على حدة مرة أخرى لمشتر حسن النية بعد أن باعها تبعا لمحله التجارى فان مشتريها يفضل اذا كان استلمها على مشترى المحل الذى لم يستلمها .

أما العناصر المعنوية كعلاقة البائع أو بالأحرى علاقة المحل بزبنه أو عملائه واسمه وحق ايجار المكان الذى يوجد فيه إذا لم يكن مملوكا للبائع وحقوق الملكية الفنية الصناعية والتجارية فتنتقل ملكيتها بالنسبة للتعاقدين وغيرهم بالطريقة التى تلائمها والمقررة لها فى القانون . وبعض هذه الحقوق يكفى مجرد العقد فى انتقاله سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ، كسمعة المحل وعلاقته بالزبن والعملاء[1] . وبعضها ينتقل بتحويله تحويلا مستوفيا للشروط المقررة

---

(١) انظر ماش وفال بند ٨٢٨ ص ٤٥١ ، وقد جرت العادة فى فرنسا قبل صدور قانون بيع المحل التجارى سنة ١٩٠٩ بوجوب الاعلان عن بيعه وذلك بالنشر عنه فى الجرائد حماية لحقوق دائنى المحل . ولما صدر هذا القانون أوجب النشر عنه فى جريدة من الجرائد المعدة للاعلانات القضائية والتى تصدر فى دائرة محكمة التجارة التى يوجد فى دائرتها المحل ونص على حق الدائنين فى المعارضة فى دفع الثمن البائع واستثنى من الدائنين فى التعديل الذى أدخل سنة ١٩١٣ مؤجر المكان الذى يوجد به المحل فى حالة كفاية الضمانات المقدمة لدفع مبلغ الايجار . وجزاء عدم النشر أن يكلف المشترون بدفع ديون الدائنين . وكان الأولى أن يقول إن موجودات المحل تظل ضامنة لديونهم كأنها لم تخرج من ملك البائع .

قانونا فى باب الحوالة كحق إيجار المكان الموجود به المحل. ونرى أن التحويل واجب على البائع حتى ولو كان عقد الايجار منصوصا فيه على منع المستأجر من اسقاط الايجار أو التنازل عنه لغيره أو تأجيره من الباطن [1]، لأن المشرع بعد أن نص فى المواد ٣٦٦/٣٦٧ فقرة أولى و ٣٢٩/٣٤٠ فقرة أولى م ا م على أنه ليس للمستأجر حق التأجير من الباطن أو تحويل (إسقاط) الايجار لغيره اذا منع من ذلك بنص فى عقد الايجار عاد فى الفقرة الأخيرة من المادة ٣٦٧/٣٥٠ م ا م وقرر أنه اذا كان موجودا فى المكان المؤجر جدك (محل تجارى) جعله معدا للتجارة أو الصناعة فيجوز للمحكمة اذا دعت ظروف الأحوال الى بيعه أن تبقى الايجار للمشترى مع تقدير التأمينات التى يقدمها المشترى للمؤجر ما لم يحصل من ذلك ضرر للمؤجر وذلك رغم النص على منع المستأجر من التأجير من الباطن أو التنازل عن الايجار لغيره . ومعنى ذلك أن البائع مكلف بالتنازل عن حق الايجار للمشترى رغم كونه ممنوعا من ذلك فى عقد الايجار . انما يجب عليه أن يحصل على إذن المؤجر أو رضاه كما يجب على المشترى أن يقدم للمؤجر التأمينات الكافية لضمان الأجرة . وللمحكمة أن تقضى بصحة التنازل اذا امتنع المؤجر عن قبوله بشرط أن تكون التأمينات التى قدمها المشترى كافية فى نظرها لضمان الأجرة وألا يكون فى التنازل عنه ضرر حقيق بالمؤجر . ولها وحدها حق تقدير كفاية التضمينات وتقدير وجود الضرر أو عدمه .

وأما حقوق الملكية الفنية والصناعية كعلامات التجارة والفاوريقة وشهادات الاختراع والرسوم والنماذج فتنتقل فى حدود الاتفاق ، أى ما لم

---

(١) راجع حلمى عيسى باشا بند ١٣٣٣ ص ٤٤٢ وهو يرى أن على البائع فى هذه الحالة أن يحصل على اذن المؤجر بتحويل الايجار لمشترى المحل فاذا امتنع المؤجر جاز للمحكمة أن تفصل طبقا لما قررناه فى الشرح .

يكن البائع قد استثناها من عقد البيع لأن عرفنا أن البيع يشملها ولو لم ينص عليها بالذات . ولم يصدر فى مصر بعد قانون خاص بحماية الملكية الصناعية والفنية و بيان أحكام التصرف فيها . ولا يزال مشروع القانون الخاص بها نائما فى مصلحة التجارة والصناعة كما أن مشروع قانون الملكية الأدبية لايزال يغط فى نومه فى وزارة الحقانية . وفى غياب التشريع الخاص بهذا الموضوع تلجأ المحاكم من أهلية ومختلطة الى تطبيق قواعد العـدالة والانصاف سواء لحمايتهـا من التقليد أو من المزاحمة غير المشروعة [1] وتستند على المـادة ٢١٢/١٥١ م ا م للحكم بالتعويض لصاحبهـا اذا أصابه ضرر من تقليدها أو استعمالها بواسطة غيره بدون وجه حق بشرط أن يثبت أنه أول من اخترعها أو اكتشفها . وهذه الحماية نفسها تنتقل الى من يشترى هذه الحقوق من صاحبها سواء بصفة مستقلة أو تبعا لشراء محله التجارى . وقد أوجدت المحـاكم المختلطة فى قلم كتابهـا سجلا خاصا لتقييد حقوق الملكية الصناعية والأدبيـة . ولكن يلاحظ أن تقييدها فى السجل لا يعتبر بحسب ما تؤدى اليه أحكام المحاكم المذكورة دليلا قاطعا على أن من قيدت باسمه هو صاحبها

---

(١) راجع مثـلا نقض أهلى ٢٧/٤ / ١٩٠٧ مج ٩/٤ ، س ٢٧/٢/١٩١٧ ح ٣٢ ص ٣٢٤ ، ١٣/٦/١٩٢٨ محاماة ١٢٧/٩ وانظر س م ٢٧/١١/١٩٠٧ مج ت م ٢٠ و٣/١٢/١٩١٣ مج ت م ٢٦ ص ٦٣ ولكن يلاحظ أنه يكفى لثبوت المزاحمة المشروعة أو التقليد أن يكون المزاحم والمقلد مخطئا نحو صاحب الاختراع أو العلامة أو الاسم ولا يشترط أن يكون سىء النية . فشراء التاجر بضائع مقلدة و بيعها على أنها من صنع محل معين يكفى للحكم عليه بالتعويض ولو كان حسن النيـة لا يعلم بتقليدها س م ٢٧/٣٢/١٩٢٦ مج ت م ٢٩ ص ٣٨ و ١٤/٣/١٩٢٨ مج ت م ٤ ص ١٧٢ و ٢٣٣ — وراجع فى معنى التقليـد ٤/١٢/١٨٩٢ مج ت م ٨ ص ٢٣ و٢/١/١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٩٩ و٣/٢/١٩١٣ مج ت م ٢٥ ص ١٦٥ و ٩/٣/١٩٢٧ مج ت م ٣٩ ص ٣٢٢ وراجع فى معنى المزاحمـة ١٤ / ٤ / ١٨٨٧ مج ر ١٢ ص ١٣٥ و ٢١ / ٢ / ١٩١٢ مج ت م ٢٣ ص ١٩٤ و ٢٤/٢/١٩٣٠ ج ٢٢ /١٠/ ٢١ وهى ترمى الى القـول بوجود المزاحمـة اذا استعمل المزاحم رسوما أو علامات أو أسماء يصعب تمييزها من رسوم وعلامات خاصة بغيره .

الحقيق أو أنه أول من استعملها . إنمـا يدل فقط على أنه أول من قيدت باسمه[1] . وعلى ذلك لايمنع التقييد فى السجل المذكور من ادعاء الغير ملكية الاختراع أو سبقه بتقييدها كما أن مشترى المحل التجارى لايمكنه أن يدفع ادعاء الغير ملكية الرسوم والعلامات وغيرها من الحقوق الفنية التى آلت اليه بشراء المحل بمجرد الاستناد الى سبق تقييد هـذه الحقوق باسم البائع له اذا أثبت المدعى ملكيتها بطريقة أخرى . وكل ماله هو أن يرجع بدعوى الضمان على البـائع . ومن الطبيعى أن استعمال المشترى للعلامات والرسوم وغيرها من الحقوق الصناعية التى آلت اليه من شراء المحل التجارى لا يعتبر مزاحمة لمن باعه أو باعها له .

وزيادة فى الفائدة سنورد فى ملحق ثان بعد الانتهاء من الكلام على المحل التجارى صورة المشروع الخاص بعلامات المصنع والتجارة .

٢٢٤ — رابعا — حق المشترى فى اسم المحل التجارى —

من المسلم به أن اسم الانسان يعتبر من أحواله الشخصية لذلك لا يصح التنازل عنه. والانسان لايميز عن غيره فى الغالب باسمه الأول اذ قد يوجد عدد كبير من الناس يشتركون فى الاسم الواحد . ولا يمكن الحجر على أحد من استعمال اسمه الخاص به ولو اشترك فى هذا الاسم مع غيره . انمـا يميز الناس بعضهم عن بعض بألقابهم أو أسماء عائلاتهم . ولذلك لا يجوز لشخص أن يتسمى باسم غيره واسم عائلته إضرارا به .

أما الاسم التجارى فشىء آخر هو يتكون فى الغالب من اسم خيالى يستعمله التاجر للدلالة على محله كعبارة " البون مارشيه " أو " اللوفر " أو " شركة

---

(١) ثال وماش بند ٨٢٨ ص ٤٥١

آمون " أو أو اخ . وقد يستعمل الاسم العادى فى هذا المجال أيضا للدلالة على محله أو مهنته مثلا " محمود فهمى". والاسم التجارى يمكن التنازل عنه وبيعه أو تحويله لمشترى المحل ، بل إنه يعتبر من ملحقات المحل ويدخل فى المبيع تبعا . ولذلك يكون للمشترى الحق فى استعمال اسم المحل القديم (١) حتى ولو لم ينص على ذلك صراحة فى عقد البيع ما دام من ملحقات المحل . ولكن يجب، لكى لا يؤدى هذا الى انخداع الجمهور واعتقاده بأن المحل لا يزال تابعا لصاحبه القديم، أن يضيف الى الاسم عبارة تدل على انقطاع صلة البائع به . والغالب استعمال لفظة " خليفة Successeur " مع الاسم تنويها لذلك وبهذا يجرى العمل فى فرنسا (٢) .

وقد قام خلاف بين الشراح على المدة التى يجوز فيها للمشترى استعمال اسم المحل القديم . فمنهم من قال بأن المشترى لا يجوز له استعماله إلا للمدة الكافية لاستبقاء عملاء المحل ولفت نظرهم إلى انتقال ملكيته الى المشترى (٣). وحجتهم فى ذلك أن للبائع حقا فى ألا يُستعمل اسمه للدلالة على محل انقطعت صلته به خوفا من أن يتأثر بما قد ينتاب المحل من سوء السمعة فى يد المشترى. ولكن هذا الرأى لا يتفق مع اعتبار الاسم عنصرا من عناصر المحل التجارى، واذا كان الاسم خياليا فلا يكون لهذه الحجة وزن كبير. ولذلك يرى فريق آخر من الكتاب أنه يجوز للمشترى استعمال اسم المحل القديم باستمرار ما دام

---

(١) س م ١٩٢١/١٢/٧ مج ت م ٧٤ ص ٤٢ ، انظر عيسى باشا بند ١٣٣١ ص ٤٢٠ والهلالى بك بند ٥٧٠ ص ٣٦٥ وملش وقال بند ٨٣٠

(٢) انظر فى هذا الموضوع تالير وبرسيرو بند ١٠١ — ١٠٢ الحاشية ١ ص ٨٢ والهلالى بك ص ٣٦٧ — ٣٦٨

(٣) تالير بند ١٠٢ ص ٨٢

يقرنه بما يدل على انتقاله للمشترى (١) . مثلا " أروزدى باك عمر افندى " أو خليفته وقد حكمت بهذا محكمة النقض فى فرنسا (٢) . وبه أيضا أخذت محكمة بنى سويف (٣) .

٢٢٤ مكرر — خامسا — ضمان عدم التعرض — من أهم واجبات البائع طبقا للقواعد العامة فى قانون البيع أن يمتنع عن التعرض للمشترى سواء بنفسه أو بالواسطة وألا يحاول انتزاع ما باعه من المشترى أو منعه من الانتفاع بما اشتراه انتفاعا هادئا . وتطبيقا لذلك فى حالة بيع المحل التجارى قرر الفقهاء أنه لا يجوز للبائع أن يزاحم المشترى مزاحمة غير مشروعة Concurrence déloyale مهما كانت وسائل تلك المزاحمة . ويمكننا أن نتصور من هذه الوسائل قيام البائع ببيع بعض عناصر المحل مرة ثانية لمشتر آخر ، كبيعه حق اختراع سبق له بيعه وتمكين المشترى الثانى من تقييده باسمه قبل المشترى الأول ، وترويج الاشاعات الكاذبة عن تجارة المشترى وبضائعه وتنفير العملاء منه . وكل تعرض من البائع للمشترى فى الانتفاع انتفاعا هادئا بالمحل يعرضه لدعوى تعويض من المشترى زيادة على الحكم عليه بايقاف التعرض وبتهديد مالى إذا استمر فيه .

فتح البائع محلا جديدا للتجارة Droit de rétabissement — ولكن أخطر عمل يمكن أن يتعرض به البائع للمشترى هو قيامه بفتح محل للتجارة فى نفس الصنف ، اذ تجتمع فى فتحه كل عوامل المنافسة أو معظمها اذ يغلب

(١) كولان وكابيتان ٢ ص ٤٦٤ — ٤٦٥

(٢) ٣/٢/١٩٠٠ سيرى ١٩٠٩/١/٤٨١ ، وملش وفال بند ٨٣١

(٣) بنى سويف ٢٢/٤/١٩١٣ مج ١٤ نمرة ٩٥

(٤) انظر ليون كان ورينو ص ٣٧٩ وانظر ماش وفال بند ٨٣٣ — ٨٣٨

أن يترتب على فتحه أن ينصرف عملاء المحل القديم عنه الى المحل الجديد لما لهم من الثقة فى صاحبه نتيجة معاملاتهم السابقة معه فتضيع على المشترى الفائدة الأصلية التى كان يرجو الحصول عليها من شراء المحل وهى الانتفاع من صلته بعملائه. ومع ذلك فالقول بحرمان البائع من فتح محل جديد أصلا فيه قضاء على حرية التجارة . فعلى أى من القاعدتين نرتكز اذن لمعرفة هل يجوز للبائع أن يفتح محلا جديدا أو لا يجوز له ذلك ؟ قاعدة حرية التجارة أو قاعدة حماية المشترى فى الانتفاع من صلته بعملاء المحل ؟ يجب فى هذه المسألة مراعاة ثلاثة عوامل وهى : أولا — نصوص الاتفاق بين الطرفين ، وثانيا — مصلحة المشترى وتمكينه من الانتفاع بصلة المحل بعملائه ، وثالثا — مبدأ حرية التجارة . وعلى ذلك تحل هذه المسألة على التفصيل الآتى وهو :

أولا — اذا لم يكن هناك اتفاق بين البائع والمشترى بخصوص حق البائع فى فتح محل جديد للتجارة ، فالقاعدة أنه لا يجوز للبائع أن يفتح محلا جديدا للتجارة فى نفس الصنف على مقربة من المحل المبيع أى فى نفس الجهة وبعد زمن قصير من بيعه ، وعلى الخصوص إذا كان فتح المحل الجديد فى الزمن والمكان اللذين فتح فيهما يؤدى الى مزاحمة المشترى وانصراف عملائه عنه .

ثانيا — اذا كان هناك اتفاق بين البائع والمشترى فاما أن ينص على منع البائع من الاشتغال بالتجارة أو بالتجارة فى نفس الصنف بتاتا فى أى زمن أو مكان . وهذا الاتفاق باطل لمخالفته لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل للكسب . ولكن بطلان الاتفاق فى هذه الحالة لا يعيد للبائع من الحرية فى فتح محل آخر أكثر مما يكون له فى حالة عدم وجود اتفاق .

ويترتب على مخالفة البائع للقواعد المتقدمة إمكان مقاضاته بدعوى الضمان والحكم عليه بتعويض الضرر الذى يصيب المشترى من مزاحمته له كما يجوز للمشترى أن يطلب فسخ البيع مع التعويض أو بدونه . ويجوز للمحكمة أن تكلف البائع باغلاق محله وأن تفرض عليه غرامة مالية على سبيل التهديد لاكراهه على تنفيذ حكمها Astreinte . ولكن هل لها أن تأمر باغلاق المحل؟ إن ذلك يعتبر عقوبة لا يمكن توقيعها الا بنص فى القانون وليس فيه نص على هذه الحالة . ومع ذلك فالقضاء الفرنسى يجرى على أن للمحكمة أن تأمر بالاغلاق[1] .

---

(١) قارن ملش وڤال بند ٨٣٧ ، وانظر رسالة السنهورى فى القيود التعاقدية على الحرية الفردية فى العمل .

ملحق ٢

مشروع قانون علامات المصنع والتجارة

الباب الأول فى سجل العلامات

المـادة الأولى

لا يكون لأحد حق الانفراد باستخدام علامة مصنع أو تجارة الا بعد تسجيلها فى دفتر خاص يسمى "سجل العلامات" يعد لهذا الغرض فى مصلحة التجارة والصناعة ويكون فى عهدة موظف تعينه لهذا الغرض وزارة المالية ويسمى المسجل .

المـادة الثانية

حق تسجيل علامة مّا يكون لأول من استخدمها لتمييز بضاعته .

المـادة الثالثة

ترصد بسجل العلامات كل علامة مصنع أو تجارة يطلب تسجيلها مع اسم مالكها ولقبه واسم ومحل إقامته واسمه التجارى ونوع صناعته أو تجارته التى يستخدم العلامة بخصوصها وصنف البضاعة التى يستخدم العلامة لتمييزها وكذلك أى أمر يتعلق بالعلامة المسجلة مما ينص عنه فى هذا القانون أو لائحته التنفيذية .

المادة الرابعة

يكون السجل مفتوحا لاطلاع الجمهور طبقا للقواعد التى تقررها اللائحة التنفيذية ، وعلى المسجل أن يعطى صورا أو خلاصات أو شهادات رسمية من واقع المدون بالسجل لكل من يطلبها بعد دفع الرسوم المقررة .

الباب الثانى فى العلامة وشروطها

المادة الخامسة

تعتبر علامة مصنع أو تجارة جميع الأسماء والتوقيعات والكلمات والحروف والرسوم والرموز والنقوش والأختام والطوابع والدمغات أو أى (أية) علامة أخرى أو أى مجموع منها اذا كانت تستخدم أو يراد بها أن تستخدم لتمييز منتجات الصناعة أو مواد التجارة .

المادة السادسة

يشترط فى علامة المصنع أو التجارة أن تحوى على الأقل أحد الخواص الجوهرية الآتية :

(١) اسم مالكها أو لقبه أو اسمه التجارى مكتوبا أو معدا بكيفية خاصة ومميزة .

(٢) توقيع صاحب العلامة أو توقيع أحد أسلافه فى متجره أو مصنعه .

(٣) أية تسمية أو أكثر استحدثت خصيصا لهذا الغرض .

(٤) أية كلمة أو كلمات موجودة مما لا تكون لها علاقة بجنس أو بصفة البضاعة .

(٥) أية علامة أخرى مميزة ويدخل فى ذلك أى اسم أو توقيع أو كلمة أو كلمات مما لا تنطبق عليه الفقرات ١ و ٢ و ٣ و ٤ بشرط أن تكون لها صفة مميزة .

المادة السابعة

العلامات التى فى الاستعمال يكون للحاكم تقدير ما اذا كان طول استخدامها لتمييزها بضاعة ما قد أكسبها فى الواقع صفة العلامة المميزة لتلك البضاعة .

المادة الثامنة

اذا كان الاسم التجارى يكون جزءا من علامة مسجلة فليس لآخر أن يستعمله لنفس الغرض حتى ولو كان مسمى بهذا الاسم ، بل يجب عليه فى مثل هذه الحالة أن يضيف لاسمه ما يميزه عن الاسم التجارى التى تشمله المسجلة. وقد يكفى لهذا الغرض أن يضاف اسم الجهة عند ما تكون المحلات فى جهات مختلفة .

ويسرى حكم هذه المادة على أسماء الشركات .

المادة التاسعة

تسجيل علامة ما لا يمنع أى شخص من أن يضع على بضاعته أو على غلافها اسمه ولقبه ومحل إقامته واسمه التجارى ولا أية بيانات تتعلق بطريقة صنع البضاعة ومكانه وزمانه ولا نوع البضاعة وثمنها ومقدارها .

المادة العاشرة

علامة المصنع أو التجارة يجب أن تكون لتمييز بضاعة معينة أو صنف معين منها .

المادة الحادية عشرة

اذا لم يعين لون واحد أو جملة ألوان للعلامة كلها أو لبعض أجزائها فتعتبر مسجلة لجميع الألوان .

المادة الثانية عشرة

لا يجوز أن تتخذ أو تعتبر كعلامة مصنع أو علامة تجارية أو احدى خواصها الجوهرية أو غير الجوهرية :

(١) أية شعبة أو رسم أو موضوع يقصد به إدخال الغش على الغير أو يكون مخالفا للقانون أو للآداب العامة أو النظام العام .

(٢) صورة أو اسم أى شخص أو اسمه التجارى مالم يرخص باستعماله صاحب الشأن .

(٣) علامة الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر أو أية جمعية مماثلة أو عنوان أو أحرف الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر أو صليب جنيف .

(٤) أعلام ونياشين الدول وشعارات الأنساب العامة .

(٥) الدمغات على السلع الذهبية والفضية وغيرها من العلامات التى تدل على ضمانة رسمية . ولكن مثل هذه العلامات يجوز تسجيلها بناء على طلب السلطات المختصة .

(٦) الأرقام أو الحروف أو الكلمات التى تكون شائعة الاستعمال بالتجارة للدلالة على بضاعة ما أو بعض أصناف منها أو التى تعتبر بيانا لجنسها أو نوعها أو طريقة صنعها أو زمانه أو مكانه أو ثمنها أو مقدارها .

المادة الثالثة عشرة

يكون تسجيل علامة المصنع أو التجارة لاغيا وتشطب من السجل في الحالتين الآتيتين :

أولا — اذا كانت تخالف الأحكام والشروط الواردة بهذا القانون .

ثانيا — اذا لم تغاير في جميع صفاتها الجوهرية العلامات السابق تسجيلها ومع ذلك لا يكون التسجيل لاغيا :

(١) اذا كانت العلامة الجديدة تميز صنفا من البضاعة غير ذلك الذى تميزه العلامة السابق تسجيلها .

(٢) اذا كانت هنالك مغايرة تامة في المظهر العام بين العلامتين تكفى لاستبعاد الخلط بينهما ولو اشتملت العلامة الجديدة على بعض صفات العلامة السابق تسجيلها .

(٣) اذا وجد أن العلامات المتقاربة الشبه مستعملة بحسن نية في وقت واحد لأكثر من مالك واحد. وللحاكم في هذه الحالة أن تضع ماتراه مناسبا من الشروط والقيود فيما يختص بكيفية استعمالها أو الجهات التى تستعمل فيها أو أية نقطة أخرى لغرض التمييز بينها .

وتحكم المحكمة ببطلان تسجيل العلامة وشطبها من السجل بناء على طلب وزارة المالية أو أى صاحب شأن .

الباب الثالث

المادة الرابعة عشرة

١ — أصحاب الحق فى التسجيل — يجوز للأشخاص الآتى ذكرهم تسجيل ما يكون لهم من علامات المصنع أو التجارة :

(١) أى شخص حقيقى أو معنوى له محل تجارة أو صناعة بالقطر المصرى بشرط أن يكون مقيدا بالسجل التجارى .

(٢) أى شخص حقيقى أو معنوى يوجد له محل تجارة أو صناعة فى بلد أجنبية تبادل مصر نفس هذه المعاملة أو كان متوطنا بها أو تابعا اليها ولو كان مثل هؤلاء الأشخاص لم يسجلوا أو يودعوا علاماتهم فى تلك البلد الأجنبية .

(٣) المصالح العامة .

المادة الخامسة عشرة

٢ — إجراءات التسجيل — طلب تسجيل علامة مصنع أو تجارة يجب أن يقدم كتابة لمصلحة التجارة والصناعة وأن يكون شاملا للبيانات الآتية :

(١) اسم ولقب ومحل اقامة مالك العلامة .

(٢) اسمه التجارى .

(٣) نوع تجارته أو صناعته التى يريد استخدام العلامة بخصوصها .

(٤) صنف البضاعة الذى يريد استخدام العلامة لتمييزها .

ويجب أن يكون مستوفيا لغير ذلك من الشروط والأوضاع التى تقررها اللائحة التنفيذية .

المـادة السادسة عشرة

لايقبل طلب التسجيل الا بعد دفع الرسوم التى تقررها اللائحة التنفيذية.

المـادة السابعة عشرة

بمجرد تقديم الطالب مستوفيا لجميع الشروط والأوضاع المقررة يؤشر عليه بساعة ويوم وروده . وبعدتسجيل العلامة يسلم للطالب شهادة رسمية مشتملة على ما يأتى :

(١) البيانات الواردة بالطلب .

(٢) تاريخ تقديم الطلب باليوم والساعة .

(٣) رقم وتاريخ التسجيل .

(٤) مثال من العلامة .

(٥) ختم مصلحة التجارة والصناعة .

(٦) توقيع المسجل .

المـادة الثامنة عشرة

لايجوز للمسجل أن يمتنع عن تسجيل العلامة مادام الطلب مستوفيا لجميع الشروط والأوضاع المقررة . ومع ذلك يجوز له أن يخطر الطالب كتابة بما يراه من أوجه مخالفة العلامة لأحكام هذا القانون . ورأيه لايتقيد به أحد .

ويكون للتسجيل أثر رجعى يمتد الى تاريخ تقديم الطلب الأول .

البـاب الرابع في انتقال ملكية العلامة

المـادة التاسعة عشرة

علامة المصنع أو التجارة المسجلة لاتنتقل ملكيتها مع اسم وسمعة المتجر أو المصنع المشتغل بتجارة أو بضاعة البضائع التى تميزها تلك العلامة .

وبيع المتجر أو المصنع أو التنازل عنه يشمل جميع العلامات المسجلة باسم المـالك الأصلى اذا كانت متصلة بالمحل اتصالا خاصا الا اذا اتفق على خلاف ذلك .

المـادة العشرون

اذا انتقلت ملكية العلامة الى شخص آخر غير مالكها الأصلى المسجلة باسمه فعلى المـالك الجديد أن يطلب تسجيل اسمه كمالك لتلك العـلامة . ويجب أن يشير الطلب الى دفع الرسوم المقررة وأن يشفع بالمستندات المثبتة لانتقال الملكية الى الطالب وأن يكون وفقا لمـا قد تقرره اللائحة التنفيذية غير ذلك من الشروط والأوضاع وعلى المسجل، بعد التأكد من استيفاء الطلب لجميع الشروط المقررة ، أن يقيد عملية انتقال الملكية ويؤشر بمضمون ذلك على مستندات الطالب ويردها اليه .

المـادة الحادية والعشرون

لا يمكن التمسك قبـل الغير بانتقال ملكية علامة مسجلة إلا بعـد قيد ذلك بالسجل .

المادة الثانية والعشرون

اذا قدم طلب تسجيل انتقال الملكية لعلامة ما لأكثر من ثلاثة أشهر من تاريخ السند الناقل للملكية أو لأكثر من ستة أشهر من تاريخ وفاة صاحبها فانها تفقد ما لها من حق الحماية من وقت انقضاء هذه المهلة الى التاريخ الذى يقدم فيه طلب التسجيل إلا اذا كانت للتأخير أسباب خطيرة .

الباب الخامس

فى تعديل وإلغاء وتجديد العلامات المسجلة

---

١ — التعديل والإلغاء

المادة الثالثة والعشرون

يجوز للمسجل بناء على طلب صاحب العلامة أن يقوم باجراء ما يأتى :

(١) تصحيح أى خطأ أو إدخال أى تغيير فى اسم أو عنوان الطالب .

(٢) قيد أى بيان خاص بالعلامة لا يكون من شأنه أن يوسع الحقوق المترتبة على التسجيل الأصلى .

(٣) إدخال إضافات أو تعديلات على العلامة لا يكون من شأنها أن تمس كيانها .

(٤) إلغاء تشكيل العلامة كلية .

(٥) قصر استعمالها على جزء من البضائع أو أصناف البضائع التى تميزها أصلا .

المادة الرابعة والعشرون

يجوز للمحكمة أن تأمر بإجراء أى قيد فى السجل أو تعديل أو تصحيح أو إلغاء ما هو مدون، وفقا لما توجبه ظروف الأحوال وذلك بناء على طلب وزارة المالية أو أى شخص يكون قد لحقه ضرر بسبب عدم قيد أى بيان كان يجب أن يظهر فى السجل أو لحذفه منه أو بسبب قيد أى بيان بالسجل بدون مسوغ قانونى أو بسبب ما يوجد بالسجل من الخطأ أو النقص أو بسبب إبقاء أى بيان بالسجل بلا مسوغ وحكم المحكمة يكون قابلا للطعن بطريق الاستئناف فقط ويكون ميعاد الاستئناف عشرة أيام من تاريخ إعلان الحكم.

المادة الخامسة والعشرون

يجوز للمحكمة بناء على طلب صاحب الشأن أن تأمر فى أى وقت كان باستبعاد أية علامة من السجل أو بقصر استعمالها على جزء من البضائع التى سجلت عنها فى الأصل وذلك فى الحالتين الآتيتين :

(١) إذا ثبت أن التسجيل قد تم دون أن يكون الطالب قد قصد جديا استعمال العلامة أو إبقائها مستعملة فى كل أو بعض البضائع المسجلة عنها وأن التسجيل لم يتبع باستعمال العلامة استعمالا جديا لتلك البضائع .

(٢) إذا ثبت عدم استعمال العلامة استعمالا جديا لتلك البضائع فى فترة الخمس سنوات السابقة لطلب استبعاد العلامة أو تحديد مدى استعمالها .

ويشترط فى تلك الحالتين ألا يكون عدم الاستعمال مسببا عن ظروف استثنائية تمس التجارة والصناعة بوجه عام أو أحد أصناف البضائع مما تكون العلامة ذات صلة به .

وحكم المحكمة يكون قابلا للطعن بطريق الاستئناف فقط فى ميعاد عشرة أيام من تاريخ إعلانه .

٢ — التجديد

المادة السادسة والعشرون

تستمر الآثار المترتبة على تسجيل العلامة مدة خمس عشرة سنة ولكن يجوز لمالكها أن يجدد تسجيلها لمدة خمس عشرة سنة أخرى بشرط أن يقدم طلبا بذلك فى أثناء السنة الأخيرة وهكذا عند انتهاء كل مدة .

المادة السابعة والعشرون

اذا لم يقدم مالك العلامة المسجلة طلبا بتجديد تسجيلها فى أثناء الثلاثة الأشهر التالية لانقضاء المدة فيقوم المسجل من تلقاء نفسه بشطب العلامة من السجل .

المادة الثامنة والعشرون

العلامة المستبعدة من السجل بهذه الكيفية لا يجوز تسجيلها من جديد باسم شخص آخر غير مالكها بدون رضاه على نفس الصنف من البضائع إلا بعد مرور ثلاث سنوات من تاريخ شطبها .

٣ — الاشهار

كل ما يعمل بالسجل وفقا لأحكام هذا القانون من تعديل أو شطب أو تجديد يجب أن يعلن عنه بالكيفية المقررة باللائحة التنفيذية .

جدول الرموز

م أ : اشارة للقانون المدنى الأهلى .

م م : « « « المختلط .

م أ م : « « « الأهلى والمختلط .

مر أ م : مرافعات أهلى ومختلط .

م ف : مدنى فرنسى .

ل ت أ : لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .

ل ت م : « « « المختلطة .

ل ت أ م : لائحتا ترتيب المحاكم الأهلية والمختلطة .

س : حكم لمحكمة استئناف مصر الأهلية .

س ٥/٥/١٩٢٠ مثلا : استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٢٠

س أ : حكم لمحكمة استئناف أسيوط الأهلية .

س م : « « الاستئناف المختلطة .

مج : المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية .

مجر : « « المختلطة .

مج ت م : مجموعة القضاء والتشريع المختلط .

ج : جازيت المحاكم المختلطة .

تج : تعليقات جلاد على قانون التجارة .

بوپيكوفر : تعليقات بوپيكوفر على قانون التجارة المختلط .

ح : مجموعة أحكام "الحقوق" .

ص : صفحة .

(٤٥) : بند ٤٥ من هذا الكتاب .

بدرمانى : القضاء التجارى — تعليقات على القانون التجارى .

محاماة : مجلة المحاماة — مجموعة أحكام ومقالات قانونية .

د : مجموعة أحكام دالوز .

سيرى : مجموعة أحكام سيرى .

الاستقلال : « « أهلية .

القضاء : « « « .

الشرائع : « « « .

ب أ م : تجارى بحرى أهلى ومختلط .

ت أ م : تجارى أهلى ومختلط .

ت ف : تجارى فرنسى .

ت أ م ف : تجارى أهلى ومختلط وفرنسى .

٢/٢ ت م : المادة ٢ تجارى أهلى و ٢ تجارى مختلط

٢/٢/٦٣٢ ت أ م ف : المادة ٢ تجارى أهلى و ٢ تجارى مختلط و ٦٣٢ تجارى فرنسى .

مج ت م ٤٠ ص ١٥ : مجموعة التشريع والقضاء المختلط سنة ٤٠ صفحة ١٥

س م ١٩٠٧/٦/٥ مج ت م ١٨ س ٢٠ حكم الاستئناف المختلط فى ٥ يونيه سنة ١٩٠٧ منشور بمجموعة القضاء والتشريع المختلط سنة ١٨ صفحة ٢٠ وهكذا .

تع ١٥/٤/٢ : تعليقات جلاد على القانون التجارى نمرة ١٥ صفحة ٤ على المادة ٢ وهكذا .

بدرمانى ٥٠/١٢/ : شرح تع .

ج ١٧٠/١٢٤/٣ جازيت المحاكم المختلطة سنة ٣ صفحة ١١٤ نمرة ١٧٠

ح ٢ ص ٤٠ حقوق سنة ٢ صفحة ٤٠

محاماة ٣ ص ٢٠٠ نمرة ١٤٠ مجلة المحاماة صفحة ٢٥٠ نمرة ١٢٠

١٨٨٢/٥/٤ د ٤٢٠/١/٧٢ حكم النقض الفرنسى الصادر فى ٤ مايو سنة ١٨٨٢ منشور بمجموعة دالوز سنة ١٨٨٢ القسم الأول منها صفحة ٤٢٠ — وشرحه سيرى .

المراجع

(١) المراجع الافرنجية* :

Acher : de la notion des actes de commerce ; ıevue générale de droit 1904.	آشـير
Annales de droit commercial.	حوليات القانون التجارى
Aubry et Rau : Cours de droit civil français.	أو برى ورو
Baron Taubé : études sur le dévelop. hist. du droit international dans l'Europe orientale receuil des cours de l'académie du droit ; inter. de la Haye 1926, I, p. 345.	بارون توبه
Baudry lacantinerie : Précis de droit civil français.	بودرى موجز
Baudry lacantinerie et Barde : obligations 4 vols. 1108.	بودرى وبارد
Baudry lacantinerie et Saignat : obligations 3 vols. 1907–1908.	بودرى وسين
Bernard Socail : manuel de droit commercial égyptien mixte.	برنارد صقيل
Borelli Bey : Législation égyptienne annotée.	بوريللى
Boutaud et Chabrol : traité général des fonds de commerce, 1905.	بوتووشبرول
Chéron : éléments de droit commercial français 1919.	شيرون
Colin et Capitant : cours élémentaire de droit civil irançais 2 vols., 4ème éd. 1923–1924.	كولان وكابيتان
Dalloz : Nouveau code civil annoté, vol. 4, 1907.	دالوز تعليقات
Dalloz : Receuil périodique.	دالوز
Emile Olivier : article dans la revue pratique de droit français, 1856, 1, 241.	اميل أوليفير
Garsonnet : article dans la revue critique de législation.	جارسونيه
George Dreyfus : de l'exclusion des immeubles du domaine du droit commercial, 1869, p. 325.	چورج دريفوس

* إذا كان كتاب المؤلف المشار اليه يقع فى أكثر من جزء واحد فالرقم الذى يلى اسم المؤلف فى هوامش الشرح يشير إلى الجزء المقصود . واذا كان للؤلف أكثر من كتاب واحد فقد جرينا على ذكر اسم المؤلف ويليه اسم الكتاب المشار اليه . وإن كان للؤلف كتاب واحد اكتفينا بذكر اسم المؤلف .

Girault : contrats par correspondance, 1890.	جيرالت
Grandmoulin : les contrats.	جرانمولان
Halton : a treatise on the egyptian civil codes 2 vols. ; 1904--1911.	هالتون
Hults (de) : élem. d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien, 4 vols. 1902.	دى هلتس
Huvelin: l'histoire du droit commercial, 1904	هوفيلان
Lacour et Bouteron : Précit de droit commeicial 1921.	لاكور وبوتيرون
Livre du centenaire.	كتاب العيد المئوى
Lyon-Coen et Renault : Manuel de droit Commercial 1918 et 1924.	ليون كان ورينو
Lyon-Coen et Renault : Traité de droit Commercial.	ليون كان ورينو المطول
Massé (d.) : droit commercial et introduction au pratique des affaires, 1919.	ماسيه (دانيل)
Montier et Faucon : de la vente et du nantissement des fonds de commerce 3ème éd. 1914.	مونتييه وفوكون
Palagi (D.) : la vente en droit égyptien mixte.	بلاجى (داريو)
Pigeonnière (Lerebours) : introduction à la traduction par I. escarti du livre de stevens sur le droit Comm. anglais, 1909.	ليربور بيجونيير
Planiol et Rippert : traité élémentaire de droit civil, 2 vols., 1925.	بلانيول ريبير
Reveïllout : Précis de droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité, 2 vols. 1903,	ريفيو
Thaller et Percereau : Traité élémentaire de droit-Commeicial, 6ème éd. 1922.	تالر وبرسرو
Valery : Contrats par correspondance, 1895.	فالرى
Vernon : Droit de Commerce maritime.	فرنون
Vivante : Un code unique des obligations, article dans les annales du droit Commercial, 1893, 12, p. 1 et s.	فيفانتى
Wahl : Précis théorique et pratique de droit commercial 1922.	فال
Wahl et Malache : droit commercial égyptien, 1933.	فال وملش
Walton : obligations, 2 vols. 1920.	والتون

(٢) المراجع العربية * :

ابن عابدين — رد المحتار على الدر المختار جزء ٤

الشيخ أحمد أبو الفتح — المعاملات الشرعية جزآن طبعة سنة ١٩٢٢

أحمد أمين بك — شرح قانون العقوبات الأهلى القسم الخاص طبعة سنة ١٩٢٤

أحمد نجيب الهلالى بك — شرح القانون المدنى فى العقود — الجزء الأول فى البيع والحوالة والمقايضة طبعة سنة ١٩٢٤ — ١٩٢٥

أحمد نشأت بك — رسالة الاثبات سنة ١٩٢٥

أحمد فتحى زغلول باشا — شرح القانون المدنى طبعة سنة ١٩١٣
— المحاماة

عبد الحميد أبو هيف بك — المرافعات المدنية والتجارية طبعة سنة ١٩٢٣

عبد السلام ذهنى بك — القانون التجارى طبعة سنة ١٩٢٧

عبد الفتاح السيد بك — الالتزامات
— الأوراق التجارية طبعة سنة ١٩٢٥
— الوجيز فى المرافعات المصرية الطبعة الثانية ١٩٢٤

عبد العزيز كحيل باشا — شرح قانون التجارة المصرى سنة ١٨٨٥

على الزينى ... ... — القانون الدولى الخاص المصرى والمقارن — الجزء الأول طبعة ١٩٣٠
— موجز مباحث القانون الدولى الخاص طبعة سنة ١٩٢٩
— مدخل القانون والنظام القضائى فى مصر الطبعة الثانية سنة ١٩٣٤

قدرى باشا — مرشد الحيران

محمد حلمى عيسى باشا — شرح البيع

الدكتور محمد صالح — شرح القانون التجارى جزآن طبعة سنة ١٩٢٦ وطبعة ١٩٣٠

الدكتور محمد كامل أمين ملش — شرح قانون التجارة أهلى ومختلط جزآن

---

* راجع الملاحظة التى لاحظناها فى هامش المراجع الافرنجية ص ٤٢٤

فهرس المجلد الأوّل

النظرية العامة للقانون التجارى وعقد البيع

الموضوع	الصفحة	البند

تم طبع هـذا الكتاب بالمطبعة الأميرية ببولاق
فى يوم ٢٠ من صفر سنة ١٣٥٤
(٢٣ من مايو سنة ١٩٣٥ م)
مدير المطبعة الأميرية
محمد أمين بهجت

المطبعة الأميرية ٨٦١١–١٩٣٤–٢٠٠٠